34.11

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD. 7. BATIGNOLLES.
Boulevard extérieur de Paris.

REVUE HISTORIQUE

DE

DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

ÉD. LABOULAYE,

Membre de l'Institut,
Professeur de législation cemparée au Collége de France;

E. DE ROZIÈRE,

Ancien Professeur à l'École des Chartes;

R. DARESTE,

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation,

C. GINOULHIAC,

Chargé du Cours d'histoire du droit à la Faculté de Toulouse.

TOME QUATRIÈME.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 7.

1858

REVUE HISTORIQUE

DE DROIT FRANÇAIS

ET ÉTRANGER.

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES

AUX DIVERSES ÉPOQUES DU DROIT ROMAIN.

CHAPITRE II.

§ 1. — Incapacités et priviléges créés par les lois Julia et Papia.
(Suite [1].)

Jus patrum. Nous savons déjà que la loi Papia ne se contenta pas de faire dépendre de la condition d'avoir des enfants la pleine capacité de recueillir les dispositions testamentaires. Si les *cœlibes* étaient privés de la totalité, et les *orbi* de la moitié de ce qui leur avait été laissé, en revanche, les héritiers ou les légataires, qui avaient des enfants légitimes, non-seulement jouissaient pleinement du bénéfice de ce que le testateur leur avait assigné ; mais encore ils étaient appelés par la faveur de la loi à profiter des déchéances qui atteignaient les personnes gratifiées dans le même testament. Ce qui échappait aux uns était dévolu aux autres : à côté des peines, il y avait les récompenses. Le trésor public, l'*ærarium*, ne devait point s'enrichir directement des dispositions caduques. Il existait un privilége supérieur au sien dans la per-

[1] Voyez *Revue historique*, année 1857, p. 161, 305 et 401.

sonne de ceux *qui in eo testamento liberos habebant*. C'était à eux que compétait d'abord le *jus caduca vindicandi*. Aussi l'historien qui nous a laissé le plus de renseignements sur cette époque, Dion Cassius, nous dit-il, liv. LVI, ch. x, en caractérisant le but principal de la loi Papia : « *Liberos habentibus præmia adauxit*[1]. »

Cette prérogative de la paternité, dont l'existence est bien constatée aujourd'hui par les *Commentaires* de Gaïus, n'avait pas échappé aux anciens auteurs, qui avaient su réunir les témoignages fournis à ce sujet par les fragments originaux des jurisconsultes, et tirer parti des indications contenues dans divers passages des poëtes ou des historiens. Ainsi Godefroy, dans la note 1re sur le chapitre XXIX de sa loi Julia-Papia, avait émis cette assertion, non généralement reconnue, fait-il observer (*non satis probatum omnibus*), que le *jus caduca vindicandi* appartenait aux héritiers *extranei* qui avaient des enfants. Il invoquait à l'appui de son système le paragraphe 17 du titre XXV des *Regulæ* d'Ulpien, en repoussant avec raison la correction proposée par Cujas[2], qui substituait à ces mots : « *Si liberos habeat* » ceux-ci : « *Si ex liberis exstat,* » parce que, dans sa pensée, le fisc

[1] Il est intéressant de lire dans cet historien, au commencement du livre LVI, les harangues qu'il place dans la bouche d'Auguste, s'adressant séparément, d'abord aux chevaliers romains mariés ou ayant des enfants, puis à ceux qui avaient persisté dans le célibat malgré la loi Julia, chevaliers dont le nombre était de beaucoup supérieur aux premiers. Ce sont deux morceaux d'éloquence remarquables, où l'énergie du style s'unit à l'élévation de la pensée. En parlant aux *patres*, Auguste trace une peinture touchante du bonheur de la vie conjugale et des charmes de la paternité. Vis-à-vis des *cœlibes*, l'empereur reconnaît les inconvénients attachés à la condition d'époux et de père. C'est surtout par des considérations d'intérêt public qu'il cherche à ébranler la résistance des chevaliers, en leur présentant le mariage comme un devoir patriotique. — Quand Dion nous dit que la loi Papia *augmenta* les récompenses accordées aux *patres*, il fait allusion aux mesures antérieures qui furent imaginées à cet égard dans la législation romaine. Ainsi, le même auteur nous apprend, livre XLIII, ch. XXV, que Jules César avait établi des *præmia* pour ceux *qui multos liberos procreassent*. Déjà, sous la République, l'égoïsme du célibat était l'objet de l'animadversion des censeurs. Voyez sur cette matière Heineccius, liv. I, ch. II. Les lois Julia et Papia s'efforcèrent d'extirper un mal depuis longtemps signalé et combattu. Leurs dispositions créèrent sur ce point un système complet, qui joue un grand rôle dans l'histoire des temps postérieurs.

[2] *Notæ ad titulos XXIX Ulpiani*, note 13, *h. t.*

n'était exclu des *caduca* que par la présence de ceux qui avaient le *jus antiquum*. Godefroy n'avait pas manqué de relever également ces vers si connus de Juvénal, répétés depuis par tous ceux qui ont écrit sur ce sujet, vers dans lesquels l'amant d'une dame romaine reproche au mari son ingratitude, en lui vantant les profits que doit lui procurer l'adultère [1]. L'opinion de Godefroy fut reproduite par Heineccius, liv. III, ch. III, n. 2; puis par Pothier, dans ses Pandectes, *De legatis*, n. 400. Mais tous ces auteurs ne songèrent pas à séparer le *jus antiquum* des *liberi* et des *parentes* du *jus caduca vindicandi* qu'ils reconnaissaient aux *patres*. Ramos del Manzano était aussi entré dans la même voie, liv. IV, reliq. XXXVII. Il eut même soin de faire observer que c'était uniquement à l'égard des *liberi* et des *parentes* qu'il fallait parler de *jus antiquum*, et que, pour les héritiers *liberos habentes*, il s'agissait d'un avantage particulier introduit par la loi Papia en leur faveur. Seulement il n'indiqua point les règles de ce droit nouveau, qui ne nous ont été révélées que par la découverte de textes récents.

De nos jours, la portée du privilége des *patres* a été mise complétement en lumière par les *Commentaires* de Gaïus. Le droit de recueillir les dispositions enlevées aux *cœlibes* ou aux *orbi* ne s'appliquait d'abord, nous dit-il, qu'aux legs ou aux institutions. Plus tard, le sénatus-consule Pégasien vint étendre ce droit aux fidéicommis, qui ne passèrent également au *populus* qu'à défaut de gratifiés ayant des enfants. Le paragraphe 286, *Comment.* II, est ainsi conçu : « *Cœlibes quoque, qui per legem Juliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse. Item orbi, qui per legem Papiam, ob id quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano perinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt ; eaque translata sunt ad eos qui testa-*

[1] Nullum ergo meritum est, ingrate ac perfide, nullum,
Quod tibi filiolus vel filia nascitur ex me ?
Tollis enim, et libris actorum spargere gaudes
Argumenta viri. Foribus suspende coronas,
Jam pater es : dedimus quod famæ opponere possis.
Jura parentis habes, propter me scriberis heres,
Legatum omne capis, nec non et dulce *caducum*.
SAT. IX, v. 82 et suiv.

mento liberos habent, aut si nullos liberos habebunt, ad populum, sicuti juris est in legatis et in hereditatibus. » Cette préférence accordée aux *patres* en matière de *caduca* ressort encore des paragraphes 206 et 207 du même *Commentaire*, sur lesquels nous aurons à revenir. Elle résulte également du paragraphe 3 du fragment *De jure fisci*, où l'on voit clairement que le fisc est exclu, si les *patres* profitent de la dévolution qui leur est faite en première ligne des *caduca*. « *Sane si post centesimum diem patres caducum vindicent, omnino fisco locus non est.* » La *subsidiarité* du droit de l'État est enfin attestée par ce passage de Tacite que nous avons déjà cité : « *Ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret.* »

Il est généralement reconnu qu'un seul enfant suffisait à l'homme pour lui procurer le *jus caduca vindicandi*. La loi Papia s'exprimait sans doute de la sorte : *qui liberos habebunt*, ce qui rigoureusement semblerait exiger la pluralité d'enfants. Mais les jurisconsultes faisaient observer que le mot *liberi* était toujours employé au pluriel, et qu'on devait regarder comme ayant des enfants, *liberos*, celui même qui n'aurait qu'un fils ou qu'une fille. Cette interprétation [1] se trouve nettement énoncée dans les lois 148 et 149, *De verb. sign.*, qui sont extraites des *Commentaires* de Gaïus, *Ad legem Juliam et Papiam*, et qui dès lors se réfèrent naturellement aux conditions de la *caducorum vindicatio*.

« NON EST SINE LIBERIS, *cui vel unus filius, unave filia est : hæc enim enuntiatio*, HABET LIBEROS, NON HABET LIBEROS, *semper plurativo numero profertur ; sicut et pugillares et codicilli.* » L. 148.

« *Nam quem sine* LIBERIS *esse, dicere non possumus : hunc necesse est dicamus liberos habere.* » L. 149.

Les anciens auteurs, qui admettaient la *caducorum vindicatio* au profit de tous les héritiers *liberos habentes*, avaient également invoqué ces textes, pour en déduire la conséquence que nous en tirons. Mais ils avaient voulu aussi y trouver la signification du *solitarius pater*, dont nous parle Ulpien dans la rubrique du titre XIII de ses *Regulæ*. Jusqu'au temps moderne, le *solitarius*

[1] La remarque des jurisconsultes romains peut encore être mise à profit dans notre législation pour le sens à donner au mot *enfants*, dans divers articles du Code Napoléon. Voyez, par exemple, les articles 960, 1049, 1082, 1094, etc.

pater a été unanimement envisagé comme celui qui n'avait qu'un seul enfant. Tel était l'avis de Cujas, de Godefroy, d'Heineccius, de Ramos ; et de nos jours encore cette opinion a été admise par MM. Rudorff et d'Hautuille, de même qu'on la trouve dans l'excellent *Manuale* de Dirksen, où on lit cette explication : « *Qui singula dumtaxat prole præditus est.* » Ulp., XIII (*rubr.*).

Une interprétation plus plausible, à laquelle nous nous sommes déjà rattaché[1], semble aujourd'hui prévaloir. Elle consiste à dire que le *solitarius pater* est celui qui a des enfants, mais qui n'est pas marié. C'est l'homme veuf ou divorcé, ayant des enfants d'un mariage dissous, sans qu'il y ait à distinguer s'il a un seul ou plusieurs enfants. Le père est *solitarius*, parce qu'il est privé de celle qui doit être sa compagne sur la terre, c'est-à-dire de son épouse. Cette qualification de *solitarius* peut donc s'appliquer au père d'une nombreuse postérité ; celle-ci ne remplace pas pour lui la société intime que crée le mariage, et ne l'empêche pas d'être dans la *solitude*. Si l'idée de *solitarius* devait être entendue ainsi qu'on le faisait autrefois, ce serait du *filius* et non du *pater* qu'il serait vrai de dire qu'il est *solitarius*. Le défaut de frères ou sœurs prive, en effet, l'enfant de la société qui convient à son âge, et qu'il rencontre ordinairement. Il y a, au contraire, quelque chose de bizarre à regarder comme vivant *solitarius* celui qui est en possession de la vie conjugale, qui a, suivant les expressions romaines, *lecti ac mensæ sociam ;* et cela, parce qu'il n'y aurait qu'un seul enfant à la maison. Supposez deux jeunes enfants à un homme qui aura le malheur de perdre sa femme : pourra-t-on dire que le mari ne vit pas dans l'isolement ; et la présence des enfants comblera-t-elle le vide qui s'est fait au foyer domestique? Pourquoi, d'ailleurs, Ulpien placerait-il à côté du *cœlebs* et de l'*orbus* le *solitarius pater*, c'est-à-dire, suivant le système que nous combattons, l'homme marié qui n'aurait qu'un enfant ? Ce dernier jouit de la capacité la plus complète, et se sépare plutôt qu'il ne se rapproche de ces deux sortes d'incapables. S'il s'agit, au contraire, d'un homme avec enfants, mais libre du lien du mariage, on comprend qu'il puisse y avoir aussi chez lui une cause d'incapacité, parce qu'il n'a pas satisfait à la loi Julia, qui exige l'état de mariage. Le célibat se

[1] Voyez la cinquième livraison de 1857, p. 407.

rencontre ici, quoique plus excusable, puisque le *cœlebs* est en même temps *pater*[1].

L'initiative de cette explication appartient, croyons-nous, à Hugo, qui l'a donnée dans son *Histoire du droit romain*[2]. Elle a été accueillie, mais seulement comme possible, de la part de Zimmern[3]. Schneider (p. 131, note) l'a adoptée pleinement. C'est ce que fait aussi M. de Wangerow[4]. Mais quelle position doit être réservée au *solitarius pater* compris de la sorte? Les jurisconsultes romains sont muets à cet égard. Nous n'avons d'Ulpien, le seul qui le mentionne, que la rubrique du titre XIII; et ce qui nous est parvenu de ce titre ne contient aucun détail sur ce point. Schneider est d'avis que le *solitarius pater* doit perdre quelque chose, mais moins que l'*orbus*. Il fait observer que l'ordre suivi par Ulpien indique une progression dans la capacité. L'*orbus* est mieux traité que le *cœlebs* sans enfants; le *pater solitarius* devait l'être mieux que l'*orbus*. M. de Wangerow, au contraire, met sur la même ligne l'*orbus* et le *solitarius pater*, et n'accorde au dernier, comme au précédent, que le droit de prendre la moitié de ce qui lui a été laissé. L'un et l'autre, dit-il, n'ont satisfait qu'à demi aux prescriptions législatives. L'*orbus* est en règle vis-à-vis la loi Julia, en défaut vis-à-vis la loi Papia. Ce serait l'inverse chez le *solitarius pater*. Ce système[5] nous paraît bien rigou-

[1] Nous avons déjà dit que le célibat était pour les Romains l'absence d'un mariage actuel. Aussi Suétone, dans la *Vie de Claude*, ch. XXVI, après avoir raconté que Claude avait divorcé d'avec ses deux premières femmes, et fait périr sa troisième femme, Messaline, prête-t-il le langage suivant à l'empereur, en s'adressant aux *prætoriani* : « *Quatenus sibi matrimonia male cederent, permansurum se in* CŒLIBATU : *ac nisi permansisset, non recusaturum confodi manibus ipsorum.* » Cette imprécation n'empêcha point Claude de succomber bientôt après aux charmes d'Agrippine, qu'il se fit autoriser par le sénat à épouser, bien qu'elle fût sa nièce. Suétone ajoute : « *Verum illecebris Agrippinæ, Germanici fratris sui filiæ, per jus osculi et blanditiarum occasiones pellectus in amorem, subornavit proximo senatu, qui censerent cogendum se ad ducendum eam uxorem, quasi Reipublicæ maxime interesset : dandumque cæteris veniam talium conjugiorum, quæ ad id tempus incesta habebantur.* »

[2] Voyez la neuvième édition, année 1824, p. 627.

[3] *Gesch. des Röm. Privatrecht*, § 172, note 18.

[4] *Lehrb. der Pand.*, § 429, *Anmerk.* III.

[5] Il est partagé par Puchta, *Curs. der Instit.*, t. III, § 313, p. 257. M. Rudorff, dans les notes qu'il a ajoutées au troisième volume de Puchta, publié par lui en 1847, adopte l'interprétation moderne du *solitarius pater*,

reux, surtout si on l'applique à tout homme veuf ou divorcé, quel que soit le nombre des enfants qu'il aura eus précédemment. Remarquons qu'il n'existait pour l'homme aucun temps de *vacatio* en cas de veuvage ou de divorce, à la différence de ce qui était observé à l'égard de la femme. Faudra-t-il que jusqu'à soixante ans, malgré les nombreux enfants qu'il aura pu avoir d'autres lits, l'homme soit obligé, pour n'encourir aucune déchéance, de passer immédiatement à un nouveau mariage après la dissolution du précédent? Devra-t-on au moins s'arrêter à un certain chiffre d'enfants[1] passé lequel le défaut de mariage resterait désormais inoffensif? Hugo semble adopter ce moyen terme, et propose avec hésitation le chiffre de trois. Une pareille transaction entre le devoir de se marier et les priviléges dus à la paternité serait assez raisonnable. Mais, en l'absence de tout document positif à cet égard, nous ne pouvons faire autre chose que laisser sans solution cette question : le *pater*, non marié aujourd'hui, était-il frappé de quelque incapacité, ou possédait-il sans restriction le *jus patrum?*

Pour remplir la condition exigée par la loi Papia, en ce qui concerne le *liberos habere*, quels étaient les enfants qui devaient être pris en considération? La règle à cet égard a été, suivant nous, bien posée par M. Rudorff, p. 410. Le mot *liberi*, dit-il,

en abandonnant celle qu'il avait suivie en 1828, *Zeitsch. für Gesch. Rechtsw.*, p. 411.

[1] S'il est certain que le citoyen romain marié, avec un seul enfant, jouissait pleinement du *jus caduca vindicandi*, il n'était pas sans intérêt pour lui, sous d'autres rapports, d'avoir plusieurs enfants. Juvénal, après avoir indiqué, dans le passage que nous avons cité, que le mari dont la femme a mis au jour un *filiolus* ou une *filia* pourra *capere dulce caducum*, ajoute aussitôt :

> Commoda præterea junguntur multa caducis,
> Si numerum, si tres implevero.

Ces *commoda*, indépendants de la *caducorum vindicatio*, sont relatifs à la *vacatio munerum* (L. 1, § 3, *De vacat. et excus.*, 50-5), au calcul des *decimæ* entre époux (Ulp., *Reg.*, tit. XV), à la remise de l'âge exigé pour les *honores* (L. 2, *De minor.*, 4-4), etc. Il n'entre pas dans notre plan d'examiner en détail toutes les dispositions des lois Julia et Papia. Consultez sur ce point Heineccius, liv. II, ch. VII et VIII. C'est surtout à l'égard des femmes que le nombre des enfants influait sur la capacité de succéder, ainsi que nous aurons à l'établir.

fut pris dans le sens de l'édit du préteur, ainsi qu'il était entendu, par exemple, pour accorder la *bonorum possessio unde liberi*. Il ne s'appliquait qu'aux enfants qui étaient *sui*, ou qui l'auraient été à défaut d'une émancipation dont le droit prétorien ne tenait pas compte. Il résultait de là qu'un enfant adoptif, qui aux yeux du préteur était au nombre des *liberi*, devait servir à l'adoptant pour lui procurer le *jus patrum*. Bien qu'il y eût là une récompense accordée sans motif à celui qui n'avait pas fourni à l'État un citoyen de plus, les auteurs de la loi n'avaient pas songé à établir une distinction, que bientôt des abus répétés rendirent nécessaire. Les Romains recoururent à cette voie facile de paternité pour éviter les peines de l'*orbitas*. L'adoption n'était pas sérieuse, et une fois son but atteint, l'adoptant se débarrassait du fils qu'il s'était donné. Tacite, *Ann.*, livre XV, ch. XIX, après avoir signalé cette fraude détestable souvent usitée (*percrebuerat ea tempestate pravissimus mos*), nous apprend que les véritables *patres* se plaignirent du tort que leur causait cette concurrence déloyale. « *Sibi promissa legum diu exspectata in ludibrium verti, quando quis sine sollicitudine parens, sine luctu orbus, longa patrum vota repente adœquaret.* » Par suite, un sénatus-consulte intervint, qui décida : « *Ne simulata adoptio in ulla parte muneris publici juvaret.* » C'était surtout, paraît-il, pour jouir des prérogatives accordées aux *patres*, quant aux fonctions publiques, qu'étaient habituellement pratiqués ces simulacres d'adoption. Mais le sénat se préoccupa aussi des avantages attachés à la paternité dans l'ordre privé; il fut également admis : « *Nec usurpandis quidem hereditatibus prodesset*[1]. »

[1] Quoique Tacite parle de *simulata adoptio*, les auteurs entendent généralement le sénatus-consulte, comme ayant atteint l'adoption d'une manière absolue. Les *simulatæ adoptiones* fournirent le prétexte; mais la mesure fut générale. Les décisions des jurisconsultes romains sont d'accord avec cette interprétation. Nous verrons, en traitant de la quotité disponible entre époux réglée par nos lois, qu'un conjoint pouvait laisser à l'autre le tiers de ses biens en propriété, pour le cas où le survivant aurait des enfants, *quandoque liberos habuerit*. Ulpien, dans la loi 51, § 1, *De legat.*, 2°, tirée de son livre VIII *Ad legem Juliam et Papiam*, enseigne qu'une adoption ne permettra pas au survivant de remplir la condition exigée pour avoir droit à ce tiers. On sait aussi qu'en matière d'excuses de tutelle, la même distinction était observée. *Sed adoptivi liberi non prosunt*, portent les Institutes, pr., tit. XXV, liv. I.

Si les enfants *naturels* étaient seuls admis, à l'exclusion des enfants adoptifs, il n'est pas douteux qu'on ne devait tenir compte que des enfants nés du mariage, et que ceux issus du concubinat n'étaient point aptes, puisqu'ils ne faisaient pas partie de la famille, à mériter à leur père les avantages dont nous nous occupons. Les petits-enfants pouvaient aussi, en cas de mort de leur père, tenir sa place et servir à l'aïeul ; mais cela n'était vrai que des *nepotes ex filio,* non de ceux *ex filia* ; ces derniers restant en dehors de la famille de l'aïeul maternel. Cette règle, que nous trouvons écrite, à l'occasion des excuses de tutelle, au pr., tit. XXV, liv. I, des Institutes, est énoncée également dans le paragraphe 195 des *Vat. fragm.*, où elle est appliquée conjointement à la matière de la *tutelæ liberatio*, et à celle de la *caducorum vindicatio* : « *Item ex filia nepotes* [1] *prodesse ad tutelæ liberationem, sicuti nec ad caducorum vindicationem palam est ; nisi mihi proponas ex veterano prætoriano genero socerum avum effectum ; tunc enim secundum orationem divi Marci, quam in castris prætoriis recitavit, Paulo iterum et Aproniano consulibus, VIII. Id. Jan., id habebit avus, quod habet in nepotibus ex filio natis. Cujus orationis verba hæc sunt : « Et quo facilius veterani nos-« tri soceros reperiant, illos quoque novo privilegio sollicitabimus, ut « avus nepotum ex veterano prætoriano natorum iisdem commodis « nomine eorum fruatur, quibus frueretur, si eos haberet ex filio. »* Ce texte est le seul qui nous soit parvenu, où l'on rencontre nettement posée la question de savoir quels sont les *liberi* qui pourront être comptés pour la *caducorum vindicatio* ; et l'on voit

C'était toujours au père naturel que profitaient les enfants par lui donnés en adoption. Doit-on étendre cette solution à ce qui concerne la *caducorum vindicatio* ? Nous serions assez porté à le croire, bien qu'il n'y ait pas, comme nous le dirons tout à l'heure, analogie constante dans les règles de la législation romaine, suivant qu'il s'agit pour le père de se faire excuser d'une tutelle ou de prétendre à recueillir les *caduca*.

[1] Les éditeurs, en général, ajoutent ici une négation et lisent : *non prodesse*. Il ne peut y avoir doute sur la portée du texte, les principes du droit romain étant bien certains, et l'assimilation établie entre les deux hypothèses entraînant une idée d'exclusion en matière d'excuses, de même qu'elle est énoncée au point de vue de la *caducorum vindicatio* (*sicuti nec*). Suivant de Buchholtz, l'addition d'une négation serait inutile, le mot *nec*, dans la pensée d'Ulpien, auteur du Fragment, devant rejaillir sur la *tutelæ liberatio*.

qu'il émet comme une proposition incontestable (*palam est*) l'exclusion des *nepotes ex filia*. Il fallut un rescrit de Marc-Aurèle pour consacrer une exception à l'égard des enfants qui naîtraient du mariage de la fille d'un Romain avec un ex-prétorien. C'était une pure faveur accordée aux anciens militaires, un privilége introduit par l'empereur pour faciliter, comme il le dit lui-même, le mariage des vétérans.

L'analogie entre les excuses de tutelle et la prérogative de la *caducorum vindicatio* va se rompre, si nous recherchons quelles conditions devait offrir le mariage. Le paragraphe 168 des *Vat. fragm.*, à propos de la libération de la tutelle, nous dit que certains jurisconsultes étaient d'avis qu'on ne devait excuser que le père qui aurait eu des *justi liberi secundum has leges*. « *Item quidam justos secundum has leges putant dici.* » Les *leges*, auxquelles il est fait allusion sans autre désignation, sont assurément les lois Julia et Papia, qui étaient souvent appelées simplement *leges*, ainsi que l'a fait remarquer Heineccius, liv. I, ch. I, n. 4. La fin du paragraphe nous apprend que cette opinion fut rejetée. « *Sed justorum mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile quæsiti sint.* » Il suffisait donc, quant aux excuses de tutelle, que les *liberi* fussent *justi secundum jus civile*, c'est-à-dire d'après les anciennes règles du droit romain. Si le vice du mariage ne tenait qu'à l'inobservation des lois Julia et Papia, par exemple, si un ingénu avait épousé une *mulier famosa*, le mariage n'était pas nul, et produisait les effets civils ordinaires. Les enfants se trouvaient *in potestate patris ;* ils pouvaient lui succéder comme *sui*. Aussi un texte de Paul, dans la *Collatio*, tit. XVI, chap. III [1], après avoir défini les *sui heredes*, ajoute-t-il : « *Nec interest, adoptivi sint an naturales et secundum legem Juliam Papiamve quæsiti.* » Mais l'indulgence dont on usait en matière de tutelle ne pouvait évidemment être appliquée, alors qu'il s'agissait de revendiquer les priviléges qui dérivaient des lois mêmes par lesquelles avaient été établies les prohibitions nouvelles. C'est pourquoi Ulpien, *Reg.*, tit. XVI, § 2, décide que la *solidi capacitas* accordée, dans certains cas seulement, aux époux l'un par rapport à l'autre, d'après les lois Julia et Papia, ne

[1] Ce texte a été admis par les éditeurs de l'*Enchiridium juris* et du *Manuale synopticum*. Il forme le paragraphe 4 du titre VIII, liv. IV.

pourra être invoquée par celui dont le mariage serait contraire à ces lois, et qu'alors les époux *nihil inter se capiunt*. De même l'affranchi, aux termes de ces lois, était libéré de l'obligation des *operæ* envers son patron, s'il avait deux enfants vivants. Paul, dans la loi 37, § 7, *De oper. libert.*, exige pour l'application de cette faveur que les enfants soient *ex lege nati*, c'est-à-dire nés d'un mariage conforme aux prescriptions de la loi qui avait créé ce privilége [1].

Enfin, pour être admis à la *caducorum vindicatio*, il fallait que le citoyen eût des enfants encore vivants à l'époque où il voulait user de son droit. Telle était la règle en matière de priviléges accordés *propter liberos*. Les Institutes nous disent, à l'occasion des excuses de tutelle, que les *liberi* doivent être *superstites*. La même règle est énoncée plusieurs fois, en ce qui concerne la *vacatio munerum*, notamment dans la loi 1, pr., et § 3, *De vacat. et excus. mun.*; il s'agit uniquement de *liberi incolumes*. Sans doute la jurisprudence romaine avait dérogé à ce principe, relativement aux enfants *in acie amissi*, qui étaient considérés comme *superstites*, pour faire dispenser leur père d'une tutelle, ainsi que nous le voyons aux Institutes. Mais, dans le silence des textes, nous regardons comme fort contestable l'extension de cette particularité à la *caducorum vindicatio*. Nous savons du reste aujourd'hui, par le paragraphe 198 des *Vat. fragm.*, quelle est l'origine de cette exception, qui a passé dans notre législation, art. 436, C. Nap. Il paraît que ce n'était point en vue des excuses de tutelle qu'elle avait été introduite. Ulpien, dans le paragraphe que nous avons cité, présente comme douteuse l'application de ce privilége à la libération de la tutelle. « *Item an bello amissi a tutela excusare debeant?* » Le jurisconsulte se prononce pour l'affirmative, en invoquant la décision formelle contenue à cet égard dans la loi Julia *De maritandis ordinibus*. Toutefois ce n'était pas dans le chapitre qui déférait les *caduca* aux *patres*, mais bien dans celui

[1] Voyez sur ce point M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. II, append. VII. La différence que nous venons de signaler nous porte à partager l'opinion de Schrader (*Notæ ad Instit.*, pr., tit. XXV, liv. I), qui doute beaucoup que la loi Julia ait introduit l'excuse de tutelle *propter liberos*. Cependant Heineccius, après Godefroy, n'a pas hésité à faire de cette disposition un des chapitres de sa loi. Nous avons peine à comprendre, si l'excuse en question dérivait de la loi Julia, qu'on eût pu discuter le point de savoir si les *liberi* devaient être *justi secundum hanc legem*.

indiqué par ces mots : *De fascibus sumendis* que se rencontrait notre exception. Le passage d'Ulpien est venu confirmer ce que nous avions déjà appris par les *Nuits attiques* d'Aulu-Gelle, liv. II, chap. xv. Cet auteur y énonce comme un privilége attribué par la loi Julia, ch. VII, à celui des consuls qui avait plus d'enfants que son collègue, le droit de faire porter le premier devant lui les faisceaux, signe d'honneur qui appartenait alternativement aux consuls. Pour résoudre cette question d'étiquette, on devait tenir compte même des enfants *qui in acie ceciderant*. Cette idée remonterait, suivant le paragraphe 198, aux *leges Juliæ judiciariæ*, qui sont antérieures aux lois caducaires, et qui avaient décidé de la même manière, eu égard à l'exemption du *munus judicandi*. Remarquons qu'Ulpien, quand il invoque toutes les analogies sur lesquelles il s'appuie, se tait sur la *caducorum vindicatio*. Il y avait donc au moins silence sur ce point dans les lois Julia et Papia. On pourrait seulement être tenté de raisonner par voie d'analogie. Mais il ne faut pas oublier que, si les jurisconsultes interprétaient avec bienveillance les excuses de tutelle, ils étaient éloignés de traiter avec faveur la *caducorum vindicatio*, qui avait encouru, nous l'avons déjà dit, le blâme des esprits les plus éminents. On devait par conséquent être plus disposé à restreindre qu'à élargir un droit qui paraissait odieux.

Le point de départ que nous avons admis avec M. Rudorff, pour expliquer cette condition : *liberos habere*, doit nous conduire comme lui à refuser aux femmes la *caducorum vindicatio*. Ce serait là, suivant cet auteur, le sens de la loi 13, *De suis et legit. her.* (38-16), dans laquelle Gaïus, commentant les lois Julia et Papia, nous dit : « *Nulla fœmina aut habet suos heredes, aut desinere habere potest propter capitis deminutionem.* » Or, ceux que le préteur appelait à la *bonorum possessio unde liberi* étaient précisément les enfants qui se trouvaient, en qualité de *sui*, sous la puissance du défunt, ou qui s'y trouveraient, abstraction faite d'une *capitis minutio*. Dès lors, pas de *bonorum possessio unde liberi* à l'occasion de la succession d'une femme. De même que les *liberi* n'étaient admis ni par le droit civil, ni par le droit prétorien, à la succession de leur mère, de même celle-ci pouvait disposer de ses biens par testament, sans avoir à s'occu-

per de ses enfants. Il n'y avait pas non plus de *bonorum possessio contra tabulas* à l'égard des testaments des femmes, proposition énoncée par Paul, loi 4, § 2, *De bon. poss. c. tab.* (37-4) : « *Ad testamenta fœminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet : quia suos heredes non habent.* » De son côté, la mère ne pouvait prétendre à la succession de ses enfants; et ce ne fut qu'un siècle et demi environ après les lois Julia et Papia que le sénatus-consulte Tertullien introduisit au profit de la mère un droit de succession, que bientôt après le sénatus-consulte Orphitien rendit réciproque.

Il ne faut donc pas s'étonner qu'à une époque où les *liberi* n'étaient encore mis en rapport qu'avec le père, au point de vue du droit de succéder, on n'ait pas songé à conférer à la femme les mêmes droits qu'à l'homme, à raison de ce qu'elle avait des enfants. A cette considération doit se joindre celle-ci, qu'il entrait dans la politique des Romains d'empêcher les femmes d'accumuler de trop grandes richesses, et que, pour atteindre ce but, le moyen le plus efficace parut être celui de les écarter des successions. Aussi la loi Voconia, qui, suivant les conjectures les plus probables, se place à l'an 585 de Rome, avait-elle décidé qu'une femme ne pourrait être instituée héritière par un testateur possédant une certaine fortune, par un citoyen inscrit au cens dans la première classe, c'est-à-dire au moins pour cent mille as [1]. En outre, la jurisprudence, à une époque incertaine, en suivant, comme le dit Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. VIII, § 22, l'esprit de la loi Voconia (*Voconiana ratione*), avait encore considérablement empiré la condition des femmes, en les excluant de la succession légitime de leurs agnats, sauf le cas de consanguinité. Cette infériorité imposée aux femmes en matière de succession était tellement enracinée dans les mœurs romaines que l'inégalité entre les agnats et les agnates resta en vigueur jusqu'à Justinien. On était certes bien éloigné, au commencement du régime impérial, de l'idée de mettre sur la même ligne l'homme et la femme, quant à la capacité héréditaire.

En évitant d'accorder aux femmes les avantages que procurait à l'homme la procréation des enfants, on ne songea point

[1] Nous laissons de côté les graves difficultés qui se sont élevées sur la détermination du taux fixé par la loi Voconia. Gaïus nous dit, *Comm.* II, § 274 : « *Ab eo qui centum millia æris census est.* »

naturellement à les exempter des nouvelles incapacités qui étaient introduites. Le célibat, qui depuis la loi Julia avait pour conséquence de faire perdre en entier au *cælebs* le bénéfice des legs ou des institutions, dut opérer de la même manière à l'égard des femmes. C'est un point qui n'est pas contesté, et qui ressort clairement du soin que l'on avait pris d'accorder à la femme un temps de *vacatio*, pendant lequel elle demeurait affranchie des peines du célibat. Ce délai, fixé d'abord par la loi Julia à une année en cas de veuvage, à six mois en cas de divorce, fut étendu par la loi Papia à deux ans ou dix-huit mois, ainsi que nous l'apprend Ulpien, *Reg.*, tit. XIV. Les autres causes de dispense prévues par les lois Julia et Papia, tirées de l'âge auquel n'étaient pas exigés soit le mariage, soit la procréation d'enfants, de même que celles fondées sur la cognation ou l'alliance avec le testateur, s'appliquaient à la femme tout aussi bien qu'à l'homme. Nous avons vu que la condition de l'âge variait suivant les sexes. Quant à la cognation, le paragraphe 216 des *Vat. fragm*, porte que l'exception relative au *sobrino natus* s'étend également, *per interpretationem*, à celle qui est *nata*. Pour les *adfines excepti*, les paragraphes 218 et 219 mentionnent la *nurus*, la *socrus*, la *noverca*, la *privigna*.

D'un autre côté, des textes qui remontent jusqu'aux lois Julia et Papia nous révèlent, au profit des femmes, l'existence d'un droit connu sous le nom de *jus liberorum*, et nous prouvent que, dès cette époque, le législateur avait songé à récompenser la fécondité des femmes. Il était sage, en effet, d'intéresser aussi les femmes à la procréation des enfants. Mais tandis que l'homme était considéré comme n'étant pas *sine liberis* par cela seul qu'il avait un unique enfant, la loi se montra plus exigeante à l'égard de la femme. Le *jus liberorum* ne lui compétait qu'autant qu'elle avait mis au monde trois enfants si elle était ingénue, quatre si elle était affranchie. Quant à la portée de ce droit, il est certain qu'il entraînait, par exemple, libération de la tutelle du sexe (Gaïus, I-194, III-44), et, par suite, la faculté de tester indépendamment de l'*auctoritas* du tuteur, qui disparaissait (Gaïus, *loc. cit.*). La loi Papia fit aussi découler du *jus liberorum*, relativement aux biens des affranchis, soit pour la fille du patron, soit pour la patronne elle-même, certains avantages dans le détail desquels nous n'entrerons pas. Voyez à cet égard Gaïus, III, § 45

et suiv., dont le texte offre plusieurs lacunes, et où l'on voit que, sous ce rapport, deux enfants et même un seul [1] suffisaient dans certains cas. Mais, en ce qui concerne la capacité générale de recueillir les dispositions testamentaires, quelles étaient les conséquences attachées au *jus liberorum?*

Le système proposé à ce sujet par Godefroy (Voyez son chapitre XIV des lois Julia et Papia), et suivi par Heineccius (Voyez liv. II, ch. XV, n. X), consiste à dire que la femme qui avait eu trois enfants pouvait prendre sans aucune restriction tout ce qui lui était laissé par testament. La *solidi capacitas* lui appartenait en vertu du *jus liberorum*, auquel elle n'arrivait qu'à la suite de trois enfantements, *ter enixa*. Godefroy s'appuyait sur deux passages de Dion Cassius, liv. LV, ch. II, liv. LVI, ch. X, et sur deux fragments du Code Théodosien, les lois 8 et 9, *De bon. proscr.*, liv. IX, tit. XLII. Ces lois distinguent en effet, pour régler les droits de la mère sur les biens des enfants condamnés à la déportation ou au dernier supplice, si elle jouit ou non du *jus liberorum*, du *privilegium fecunditatis*. La loi 9 rattache cette distinction à la loi Papia, et oppose à la mère ayant le *jus liberorum* celle qui est *Papiæ legis privilegiis destituta, neque trino partu fecunditati publicæ gratiosa*. Il est à remarquer que, pour les femmes, la faculté de profiter pleinement, en certains cas, des dispositions testamentaires constituait un privilége, puisqu'il y avait là un affranchissement de la loi Voconia, en vertu de laquelle toute femme, fût-elle la fille du testateur, ne pou-

[1] Il est bien difficile d'admettre comme sincère le texte de Gaïus, § 53, *Comm.* III, tel que le donnent tous les éditeurs. Suivant ce texte, Gaïus commencerait par dire que la fille de la patronne, pour participer aux droits de patronat, doit être *liberis honorata ;* et il ajouterait : « *In hujus persona etiam unius filii filiæve jus sufficit.* » Aussi quelques auteurs pensent-ils que Gaïus, après avoir indiqué pour la fille de la patronne la nécessité du *jus liberorum*, qui n'existait qu'à la condition d'un certain nombre d'enfants, mentionnait le *fils* de la patronne, que la loi ne pouvait avoir omis; et que c'est uniquement à celui-ci que se rapportent les derniers mots du texte. Cette correction, fort raisonnable, est en harmonie avec les règles générales de la matière, qui accordaient à l'homme le *jus patrum*, pourvu qu'il eût un seul enfant, tandis qu'à l'égard des femmes la pluralité d'enfants était exigée. Voyez sur ce point M. Huschke, *Studien der Röm. Rechts*, t. I, p. 48 et suiv., où il s'efforce d'établir que l'état du manuscrit autorise une addition, d'après laquelle la fin du paragraphe 53 serait exclusivement relative au *fils* de la patronne.

vait être instituée héritière par les citoyens jouissant d'une certaine fortune. Aussi quand Dion, liv. LVI, ch. x, nous fait connaître les résolutions d'Auguste qui passèrent dans la loi Papia, il traite séparément de la condition qui fut faite aux femmes. Après avoir dit qu'il y eut augmentation des *præmia* au profit de ceux *qui liberos habebant* (ceci a trait à la *caducorum vindicatio* réservée aux *patres*), il ajoute que, quant aux femmes, certaines d'entre elles furent exemptées de l'application de la loi Voconia [1], dont l'historien signale la portée générale ; et ces femmes sont précisément celles qui étaient *ter enixæ*. Les lois Julia et Papia avaient donc consacré une différence importante entre les deux sexes. Sans doute, en cas de célibat, il y avait incapacité absolue et uniforme chez l'homme ou chez la femme. Mais l'homme marié, pourvu qu'il eût un seul enfant, acquérait non-seulement une capacité complète, il cessait en outre d'être *orbus*, il devenait *pater*, avec le *jus caduca vindicandi*. La femme,

[1] Cette loi continua-t-elle de subsister à l'égard des femmes qui n'avaient pas le *jus liberorum?* Ainsi, toutes les fois qu'une femme n'avait pas eu trois enfants, mais qu'étant mariée elle pouvait prendre moitié, d'après la loi Julia, comme n'étant pas *cœlebs*, faut-il dire qu'elle ne devait profiter de l'institution qu'autant que le testateur laissait un patrimoine inférieur au taux de la loi Voconia? Faut-il dire surtout que les femmes, qui échappaient aux dispositions des lois Julia et Papia, à raison de leur âge, de leur cognation ou de leur alliance avec le défunt, du délai de *vacatio* dans lequel elles se trouvaient, ne pouvaient bénéficier de ces dispenses que s'il s'agissait d'une succession qui ne tombât point par son chiffre sous l'application de la loi Voconia? Tel est le système soutenu par plusieurs auteurs, notamment par M. de Savigny, *Verm. Schrift.*, t. I, n° X, p. 441. M. Bachhofen, au contraire, *Die lex Voconia*, p. 112 et suiv., pense que les dispositions de la loi Voconia ont dû disparaître complétement du moment où de nouvelles considérations ont servi à régler la capacité des femmes. Son argumentation à ce sujet est trouvée concluante par Walter, t. II, § 604, note 85. Nous pouvons laisser de côté cette discussion, parce qu'il est certain que, si la loi Voconia ne fut point, comme il le paraît, formellement abrogée à l'époque d'Auguste, elle ne tarda pas à tomber en désuétude sous la double influence des mœurs et des principes introduits par la nouvelle législation. Aulu-Gelle, qui écrivait sous Hadrien ou Antonin le Pieux, nous parle de la loi Voconia et de quelques autres comme de dispositions dont le souvenir était effacé. « *Omnia tamen hæc obliterata,* » dit-il, liv. XX, ch. I. Si Gaïus, un peu plus tard, mentionne encore la loi Voconia, il nous apprend en même temps qu'elle n'était plus sérieusement en vigueur, puisqu'elle pouvait être éludée par la voie du fidéicommis.

au contraire, ne parvenait à la capacité complète que si elle avait eu trois enfants. Au-dessous de ce chiffre, elle restait toujours soumise aux peines de l'*orbitas*, et ne pouvait recueillir que moitié, bien que mariée et ayant un ou deux enfants.

Mais, du moins, la femme qui aura eu trois enfants atteindra-t-elle la position faite à l'homme, auquel un seul enfant suffit pour l'autoriser à prendre, indépendamment de ce qui lui est laissé, ce qui ne peut pas être pris par ceux qui sont gratifiés dans le même testament? L'assimilation a été faite par Godefroy et Heineccius, qui mettent sur la même ligne le *pater solitarius*, entendu comme ils le font, et la femme qui a eu trois enfants. C'est ainsi encore que Pothier, n. 381, *De legatis*, comprend la doctrine de ces auteurs. Cette assimilation provient de la confusion qui était faite jadis entre la *solidi capacitas* et le *jus caduca vindicandi*. En séparant ces deux conditions, nous dirons que la femme, avec le *jus liberorum*, sera toujours réduite à la simple *solidi capacitas*, et que le *jus caduca vindicandi* ne lui appartenait jamais. Aussi, tous les textes que l'on rencontre sur cette matière parlent-ils constamment des *patres* à l'occasion de l'exercice de ce droit. Le système de Godefroy, modifié de la sorte, est admis par M. de Savigny [1], par M. Rudorff [2], et par M. Huschke [3]. Ce dernier auteur reproche à Schneider d'avoir fait dépendre du *jus liberorum* concédé aux femmes la faculté de prendre les *caduca*, qui, fait-il observer, ne leur a jamais été reconnue [4].

Il nous reste à signaler une autre différence entre les règles appliquées à l'homme ou à la femme qui ont eu des enfants. Si le premier cesse d'être *orbus* pour jouir du *jus patrum*, par cela seul qu'il a un enfant *secundum leges*, il ne conserve cette position qu'autant que l'enfant est encore vivant. Pour la femme, au contraire, si elle n'arrive qu'à la *solidi capacitas*, elle acquiert

[1] *Traité de droit romain*, t. II, p. 5, de la traduction de M. Guenoux.

[2] Tome III, p. 256, *Instit.* de Puchta, publié par M. Rudorff après la mort de l'auteur.

[3] *Recht. Iahrb.*, année 1838, p. 327.

[4] M. Huschke a émis cette opinion dans un article remarquable consacré à l'examen de l'ouvrage de Schneider. Nous regrettons de ne pas avoir eu plus tôt connaissance de cet article, qui confirme sur divers points, mais non pas sur tous, la doctrine que nous avons déjà exposée. Nous aurons plus d'une fois l'occasion de citer M. Huschke dans la suite de notre travail.

cet avantage d'une façon irrévocable, dès qu'elle a mis au monde le nombre d'enfants voulu, trois ou quatre, selon qu'elle est ingénue ou affranchie. Le *jus liberorum*, créé par les lois Julia et Papia pour donner aux femmes la complète capacité, fut étendu plus tard, dans le même esprit, au droit de succession ouvert au profit de la mère par le sénatus-consulte Tertullien. Or, la concession de ce *jus liberorum*, dont s'occupe avec détails Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. IX, est attachée uniquement à cette circonstance qu'il y a eu trois ou quatre accouchements, pourvu qu'ils aient eu lieu à terme et aient amené des enfants vivants. « *Matres tam ingenuæ quam libertinæ cives romanæ, ut jus liberorum consecutæ videantur, ter et quater* PEPERISSE *sufficiet, dummodo vivos et pleni temporis pariant.* » La survivance des enfants n'était nullement exigée. Aussi, Paul nous dit-il plus bas, § 9, que le *jus liberorum* appartient à la femme qui a des enfants ou qui a cessé d'en avoir. « *Jus liberorum mater habet, quæ tres filios aut habet, aut habuit... habet, cui supersunt ; habuit, quæ amisit.* » Il paraît même qu'on était moins rigoureux quand il s'agissait de décider si la femme échapperait aux peines de l'*orbitas*, que lorsqu'elle prétendait à recueillir le bénéfice du sénatus-consulte Tertullien. Tandis que, sous ce dernier rapport, Paul, *dict. tit.*, § 2, déclare non accomplie la condition du *jus liberorum* si la femme a mis au monde trois jumeaux, sauf le cas où elle les aurait enfantés *per intervalla*, le même jurisconsulte, dans ses commentaires sur les lois Julia et Papia, loi 137, *De verb. sign.*, considère comme *ter enixa* celle-là même *quæ trigeminos peperit*. D'un autre côté, le *partus monstrosus*, suivant le même Paul, *loc. cit.*, § 3, ne doit pas profiter à la femme au point de vue du sénatus-consulte. Cependant Ulpien, prévoyant la même hypothèse pour l'application des lois Julia et Papia, dans la loi 135, *De verb. sign.*, se demande si un pareil accouchement ne doit pas être compté, parce qu'on peut dire, fait-il observer, que la femme *enixa est ; « an quia enixa est, prodesse ei debeat? »* Sans doute la loi Papia s'exprimait ainsi : *ter, quater enixa*. Ulpien se prononce pour l'affirmative, par la raison que la femme a fait ce qui dépendait d'elle pour obéir à la loi, et que l'accident qui s'est produit ne doit pas lui être préjudiciable. On aurait donc été plus facile pour relever la femme des peines de l'*orbitas*, que pour lui permettre de profiter de la disposition du

sénatus-consulte Tertullien, qui constituait un véritable privilége, puisqu'il en résultait une dérogation au régime de la succession *ab intestat*. Cette interprétation, proposée par Cujas dans ses notes sur les *Sentences* de Paul, a été presque généralement suivie. On la retrouve dans Ramos, dans Heineccius, etc...; et, de nos jours, elle a été reproduite par Glück, § 114, note 71, et par M. de Savigny, *Traité de droit romain*, t. II, § 62.

En restreignant le *jus caduca vindicandi* aux personnes du sexe masculin gratifiées dans le même testament, et qui avaient des enfants, nous avons à rechercher suivant quelles règles les dispositions testamentaires qui venaient à défaillir étaient dévolues à ces *patres*. Cette question ne manque pas de difficulté, surtout en ce qui concerne les parts héréditaires ; car, relativement aux legs, nous trouvons dans les paragraphes 207 et 208, *Comm.* II, de Gaïus, des renseignements positifs, qui sont confirmés par la loi 89, *De legat.* 3°, texte fameux, qui a donné lieu aux plus vives controverses, et soulevé des difficultés insolubles, tant qu'on a voulu l'appliquer au *jus adcrescendi*. Le fond de ce texte est d'établir au profit du colégataire *verbis tantum conjunctus*, du colégataire avec assignation de parts, une préférence qui est refusée au colégataire *re tantum conjunctus*, au colégataire de la même chose appelé par une disposition distincte. C'est précisément le contraire de ce qui avait lieu pour le droit d'accroissement, ainsi que nous l'avons vu au chapitre 1er. De là les embarras insurmontables qu'ont rencontrés tous les anciens auteurs, qui ont cherché à concilier cette loi avec les autres documents, par lesquels était attesté un ordre inverse en matière d'accroissement. Mais depuis que la véritable portée de ce Fragment de Paul a été reconnue, et qu'on a fait remarquer que ce jurisconsulte n'entendait pas parler du *jus adcrescendi*, supprimé en général à son époque, mais bien de la *caducorum vindicatio*, la solution du problème a été obtenue, au gré de presque tous les auteurs qui se sont occupés de ce sujet postérieurement à la mise en lumière des *Commentaires* de Gaïus. Il s'agit dans la loi 89, a-t-on dit avec raison, d'une tout autre théorie que celle du droit d'accroissement ; il s'agit uniquement de la dévolution des *caduca*. Or, sur ce point, la jurisprudence romaine, pour décider la préférence entre les divers ayant droit, ne s'arrêta point à la

conjunctio re, comme on l'avait fait jadis pour régler le *jus adcrescendi*. Celle-ci fut mise à l'écart, quand elle était seule ; et ce fut la *conjunctio verbis* que l'on prit en considération. Telle est la doctrine qu'on peut regarder comme étant aujourd'hui dominante. Elle a pour partisans, en Hollande, M. Holtius [1] ; en France, MM. d'Hautuille, Ducaurroy, Ortolan, Étienne, de Fresquet ; en Allemagne, MM. Rudorff, Schneider, Huschke, de Wangerow, etc.

Toutefois, quand on se demande pourquoi la législation caducaire, ou plutôt les interprètes de cette législation, s'éloignèrent des principes si raisonnables admis en matière d'accroissement, il est difficile de trouver une réponse satisfaisante à cette question. Il n'y avait rien d'arbitraire, en effet, dans les règles qui gouvernaient l'accroissement. La jurisprudence y était arrivée par une saine interprétation de la volonté du défunt. Quoi de plus naturel, en cas de défaillance de l'un des appelés, que d'en faire profiter celui auquel le testateur a laissé le tout, et qu'il n'a entendu réduire à une part qu'autant qu'il y aurait concours, c'est-à-dire le *conjunctus re?* Si, au contraire, à côté du défaillant on trouve seulement un *conjunctus verbis*, un gratifié qui n'a rien de commun avec ce défaillant que d'être réuni à lui dans la même phrase, de sorte que le testateur n'ait voulu donner en tout cas qu'une part à chacun, on ne voit pas pourquoi l'absence de l'un améliorerait la position de celui qui n'a jamais eu de rival. Comment les auteurs des lois Julia et Papia se seraient-ils écartés de ce système? D'après leur plan, bien connu aujourd'hui, les *caduca* ne devaient pas tomber immédiatement dans le trésor public. C'était d'abord une récompense attribuée aux *patres*, mais uniquement à ceux que le testateur avait appelés à

[1] Nous saisissons la première occasion qui ramène sous notre plume le nom de M. Holtius, pour restituer à sa patrie ce savant jurisconsulte, que nous avons qualifié de Belge au commencement de notre travail, sans faire attention que, s'il était collaborateur de la *Thémis* en qualité de professeur à Louvain, ceci se passait avant 1830. Cette erreur n'eût pas dû nous échapper; car nous avons souvent feuilleté les *Lineamenta historiæ juris romani*, que M. Holtius a publiés depuis lors comme professeur à Utrecht; et tout en admirant la variété et la richesse des questions posées par l'auteur, nous avons plus d'une fois regretté qu'il n'ait pas encore communiqué au public les réponses à ces questions, réponses qui seraient accueillies avec toute l'autorité qui s'attache à un nom si justement recommandable.

sa succession, à ceux *qui in eo testamento liberos habebant*. Parmi ces *patres*, ces élus du testateur, qui doivent recueillir les *caduca*, du moment qu'il y a un ordre de priorité à observer, il semble que c'est avant tout la volonté du disposant qu'il faudra consulter, puisqu'il s'agit de personnes toutes dignes d'être rémunérées, et qu'entre elles la préférence doit naturellement appartenir à celui que le défunt a préféré. Voilà la part d'un héritier qui tombe, parce qu'il est *cœlebs;* et il y a en outre deux *patres* institués par le même testament. L'un d'eux est *conjunctus re* avec le défaillant; en d'autres termes, le testateur a voulu lui laisser le tout pour le cas où un concours ne se produirait pas. L'autre *pater* était simplement *conjunctus verbis*, ce qui signifie que le défunt l'avait réduit absolument à une part[1]. N'est-ce pas violer ouvertement la pensée de ce défunt que d'éloigner le *conjunctus re* pour appeler le *conjunctus verbis* à tirer parti de cette défaillance? Entre deux personnes également dignes, on comprend que celle pour qui le testateur a été plus large dans ses libéralités devrait profiter de la plus grande faveur qui lui a été témoignée.

Les explications qui ont été proposées pour rendre compte de l'importance accordée à la *verbis conjunctio*, tandis qu'on avait négligé la *conjunctio re*, sont loin assurément d'être concluantes. Les uns ont dit qu'il fallait renoncer à justifier une pareille déci-

[1] Supposons un testament conçu de la sorte : « *Primus heres esto* ; *Secundus et Tertius æquis ex partibus heredes sunto ; ex qua parte Secundum instituí Quartus heres esto.* » En admettant que tous les institués fussent capables de recueillir, Primus prendrait moitié. Secundus et Tertius, en vertu de la seconde disposition, auraient droit à un quart chacun, l'adjonction des mots : *æquis ex partibus*, opérant des parts pour eux, comme le prouve la loi 66, *De her. instit.* Ils seraient *disjuncti re*, quoique *conjuncti verbis*, ainsi que le dit Paul, dans la loi 89, à propos d'un legs fait également avec assignation de parts. Enfin Secundus aurait pour concurrent quant à sa portion Quartus, qui est son *conjunctus re*, et qui, étant institué pour la même fraction que lui, réduirait ses droits de moitié, et ne lui laisserait qu'un huitième. A la mort du testateur, les institués se trouvent dans la position suivante : Primus est *cœlebs*, mais en même temps cognat du défunt; il a la *solidi capacitas*, non le *jus caduca vindicandi*. Secundus est *cœlebs*, sans aucune dispense ; sa part devient caduque. Tertius et Quartus sont l'un et l'autre *patres*. D'après la doctrine ordinaire, le huitième auquel était appelé Secundus sera revendiqué exclusivement par Tertius, qui est *verbis conjunctus*, et échappera à Quartus, qui serait *re conjunctus*.

sion, parce qu'on se trouvait en présence d'un pur caprice du législateur ; ainsi, d'après M. d'Hautuille, p. 112, il s'agit d'une *disposition arbitraire*, de sorte qu'il n'y aurait pas ici de *principes à sonder*. Schneider, p. 92, a repoussé avec raison le reproche que certains auteurs ont adressé à la loi Papia d'avoir été conçue sans idée de justice et rédigée sans soin. On a abusé, fait-il observer, d'une plainte échappée sur un point à Gaïus, *Comm.* III, § 47 (*quamvis parum diligenter ea pars legis scripta sit*) pour généraliser une critique, qui, dans la pensée de Gaïus, n'avait trait qu'à une disposition spéciale. Schneider ne peut croire qu'une loi de cette importance, si longuement élaborée, pour laquelle Auguste s'était sans doute aidé des conseils des principaux jurisconsultes de son temps, ait été une œuvre de légèreté et d'irréflexion, une sorte de boutade législative. L'idée à laquelle il s'attache, p. 173, est que la concession du droit de revendiquer les parts héréditaires caduques attribuée aux *patres legatarii* démontrait que le législateur ne s'était pas préoccupé de la vocation émanant du défunt, et que c'est pour cette raison que les *conjuncti verbis*, bien que ne pouvant se prévaloir de cette vocation, obtinrent une préférence qui fut refusée aux *conjuncti re*. Ce raisonnement ne saurait nous toucher. Sans doute les *legatarii patres* ne peuvent invoquer quant aux parts héréditaires la volonté directe du défunt. Aussi n'est-ce qu'à défaut de *patres heredes* qu'ils étaient admis à prendre les *caduca* laissés par des héritiers; ils tenaient seulement en échec l'*ærarium*. Quand il ne se rencontrait aucun *pater* parmi ceux que le testateur avait décorés du titre d'héritiers, on cherchait encore à se conformer à son intention probable, en rémunérant ceux qu'il avait gratifiés, du moins à titre de légataires. Cette faveur *subsidiaire* que la loi donnait aux *patres* simples légataires, avant d'ouvrir les droits du trésor public, n'offre donc rien qui puisse être un motif d'exclusion pour les *patres heredes*, surtout pour ceux qui étaient *conjuncti re* avec le défaillant. Il y aurait plutôt un argument *à fortiori* à tirer du soin que prenait la loi de faire participer au bénéfice des institutions caduques ceux-là même qui n'avaient reçu qu'un legs du défunt. Si l'on tient compte de la bienveillance qui ne s'est exprimée que par l'attribution d'un objet particulier, il est évident que le *pater* honoré de la qualité d'héritier avait été de la part du testateur l'objet d'une bienveillance

bien plus caractérisée, et que c'est surtout à l'égard de celui auquel la quote-part défaillante avait été laissée séparément, que le défunt a marqué son intention de la lui attribuer en totalité, si son rival venait à manquer.

Ces considérations, sur lesquelles nous ne saurions trop insister, nous serviront aussi à répondre à la tentative faite par M. Huschke [1], dans l'article que nous avons cité, pour justifier la prépondérance accordée suivant lui à la *conjunctio verbis*. Notons d'abord que M. Huschke part de ce point, qui nous paraît exact, savoir que la loi Papia, pour régler la dévolution des *caduca* aux *patres*, avait pour principe de suivre la volonté du défunt. De là il conclut avec raison que les *patres heredes*, *conjuncti* ou non, devaient venir avant les *patres legatarii*, le titre d'héritier témoignant plus énergiquement que celui de légataire les bonnes dispositions du testateur. Quant aux *patres heredes*, continue-t-il, la loi appelait en première ligne ceux qui étaient *conjuncti* avec le défaillant. Nous sommes encore d'accord avec M. Huschke sur ce point. Mais, lorsqu'il arrive à l'interprétation de ce mot *conjuncti*, M. Huschke prétend qu'il n'y avait aucune difficulté à préférer la *conjunctio verbis*, en sacrifiant la *conjunctio re*, par opposition à la règle suivie en matière d'accroissement. D'après lui, la théorie de l'accroissement aurait été le résultat de *considérations objectives aveugles* (*nach den blinden objectiven Bestimmungen*). La loi Papia se serait montrée plus éclairée en s'attachant à la *conjunctio verbis*. La seule manière d'honorer un héritier et de prouver le cas qu'on en fait serait de le réunir à un autre dans la même phrase (*weil nur diese conjunctio verbis die Personen zusammenstelt und ehrt*). Peu importe que des parts aient été faites ; ce partage doit s'entendre uniquement de la prévision d'un concours possible, et ne s'appliquer qu'à la réalisation de cette hypothèse [2]. Pour nous, nous

[1] L'explication imaginée par M. Huschke a été adoptée par M. Danz, *Lehrb. der Gesch. der Röm. Rechts-*, t. II, § 158. Cet auteur reproduit à peu près les termes dont se sert M. Huschke pour formuler ses propositions.

[2] La loi 66, *De her. inst.*, prouve bien que ce n'était pas ainsi que les jurisconsultes romains entendaient la chose. Ils disaient que le testateur n'avait pas voulu associer entre eux ceux qu'il gratifiait par une même formule avec assignation de parts, qu'il n'avait d'autre but que de s'exprimer plus vite. « *Non tam conjunxisse quam celerius dixisse videtur.* » Voyez ce que nous avons dit sur ce texte dans notre premier article, p. 171.

n'hésitons pas à suivre l'opinion justement inverse, énoncée par Mühlenbruch, t. XLIII de la continuation de Glück, p. 324; et nous croyons que la vérité est dans le contre-pied de la thèse de M. Huschke. Ce n'était pas *aveuglément* que les anciens jurisconsultes avaient arrêté les règles du *jus adcrescendi*. Ils pensaient avec beaucoup de sens que l'institution d'un héritier pour une part entière, bien que la même part fût attribuée séparément à un autre, indiquait chez le disposant l'intention d'assurer à chacun cette part en totalité, si le concurrent éventuel faisait défaut, tandis que la fixation de parts entre deux individus institués pour la même fraction témoignait une bienveillance moins grande, et devait être entendue comme réduisant à tout événement l'un ou l'autre à n'avoir qu'une portion. On peut, il est vrai, trouver un peu de rigueur dans cette dernière idée, dire que cette formule des jurisconsultes : « *Semper partes habent* » est trop absolue, la division n'ayant peut-être été établie qu'en vue d'un concours. Mais au moins un pareil doute ne peut pas s'élever, quand il y a attribution entière d'une part au profit d'un héritier. On est donc bien fondé à soutenir que la *conjunctio re* sera toujours l'indice d'une libéralité beaucoup plus certaine quant à sa portée que la *conjunctio verbis*.

La seule voie qui nous paraisse devoir être suivie pour résoudre la difficulté est celle qui a été indiquée par M. Rudorff, et proposée également par M. Holtius. Cette voie est celle qui s'arrête à l'interprétation des termes employés par la loi Papia. Nous estimons qu'on peut admettre sans se tromper que celui-là parmi les *patres heredes* était déclaré *potior in vindicandis caducis* qui se trouvait *conjunctus* avec le défaillant; et que la règle était également applicable, qu'il s'agît de la caducité d'un legs ou de celle d'une part héréditaire. Il ne saurait y avoir de doute à l'égard des legs, puisque Gaïus nous apprend, II, § 207, que la loi elle-même mentionnait cette préférence pour le *collegatarius conjunctus* (*tamen ipsa lege Papia significatur ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus...*). Qu'il en fût ainsi pour ce qui concernait les parts héréditaires, c'est ce qui est extrêmement vraisemblable, la loi ayant dû adopter une décision uniforme pour disposer des différents éléments de caducité. Cette conclusion devient fort légitime, si l'on fait atten-

tion à cette circonstance que Paul, dans le même livre où il s'occupe de la *conjunctio* entre légataires qui est l'objet de la loi 89, *De legat.* 3°, traitait aussi de la *conjunctio* entre les héritiers, et que sa doctrine à ce sujet se retrouve dans la loi 142, *De verb. sign.* Or, comme il est généralement admis que la loi 89 se réfère à la *caducorum vindicatio*, il est fort raisonnable de donner la même portée à la loi 142. Tout se réduit donc à savoir ce qu'il fallait entendre par *heredes conjuncti*, et par *legatarii conjuncti*. Cette observation très-juste appartient à M. Rudorff, qui, selon nous, n'en a pas tiré le parti qu'elle pouvait fournir.

En effet, la loi 142, *De verb. sign.*, qui, d'après la source où elle a été puisée et son rapprochement avec le Fragment 89, *De legat.* 3°, se rattache à l'exposition de la législation caducaire, est bien formelle pour appliquer l'idée de *conjunctio* entre héritiers, non-seulement à ceux qui sont *conjuncti re et verbis* (point sur lequel la *conjunctio* n'a jamais fait de doute), mais encore aux *conjuncti* qui le sont simplement *re*. C'est ce que Paul établit très-nettement dans la dernière portion du texte, à partir de ces mots : « *Lucius Titius ex parte dimidia...* » Il atteste, à la vérité, que ce point avait fait quelque difficulté, et il signale Julien comme ayant trouvé cette proposition douteuse. Mais Paul ne s'arrête point à ces scrupules, et il décide positivement qu'en pareil cas les institués doivent être tenus pour *conjuncti*, c'est-à-dire qu'ils doivent être préférés, puisque tel était l'intérêt de la question, quant à la *caducorum vindicatio*. Aussi ne pouvons-nous trop nous étonner de voir M. Rudorff déclarer, p. 420, que les compilateurs des Pandectes n'ont inséré que la partie du texte de Paul qui traitait de la *conjunctio re et verbis*, et qu'ils ont supprimé tout ce qui était relatif à la *conjunctio re* de même qu'à la *verbis conjunctio*. Cette suppression est exacte en ce qui concerne les effets de la *verbis conjunctio*, dont Paul devait aussi s'occuper pour accomplir la tâche qu'il s'était proposée. Il commence, en effet, par distinguer une triple *conjunctio*, et, sans doute, il avait examiné en détail la valeur de chacune de ces *conjunctiones*. Mais, si nous sommes privés de ce qu'il avait dit à propos de la *verbis conjunctio*, il n'en est pas de même quant à la *conjunctio re*, ainsi que le démontre un examen attentif et complet de la loi 142.

Nous trouvons donc dans ce passage de Paul un témoignage exprès, qui nous fixe sur le sens donné au terme *conjuncti* entre cohéritiers; et cela très-vraisemblablement au sujet de l'application de la loi Papia. Ce témoignage est confirmé par un Fragment d'Ulpien, loi 15, pr., *De her. inst.*, qui, d'accord avec Paul, décide que, malgré l'emploi de formules distinctes, la qualification de *conjuncti* avait prévalu, contre les doutes de Julien, à l'égard des héritiers institués séparément pour une même quote de l'hérédité. Enfin, Celse, dans la loi 80. *De legat.* 3°, est encore très-affirmatif pour appliquer la dénomination de *conjuncti* aux institués dont chacun est appelé en totalité à la même chose. Comment M. Rudorff a-t-il pu prétendre que la jurisprudence, postérieure à la loi Papia, hésita sur la portée à donner à la *conjunctio* entre héritiers, et qu'elle finit par se décider en faveur de la *conjunctio verbis*, avec exclusion de la *conjunctio re?* Y a-t-il un seul fragment qui prouve que jamais l'idée de *conjunctio* ait été écartée pour les héritiers appelés à la même fraction d'hérédité par des formules séparées? Nous n'en connaissons point pour notre compte; et, dès lors, nous dirons, avec Mühlenbruch, que dût-on passer condamnation, quant à la manière d'entendre la *conjunctio* pour les legs, il faut du moins tenir fermement que, relativement aux héritiers, le langage n'a jamais varié, et que ceux qu'on était habitué à considérer comme *conjuncti*, quant au *jus adcrescendi*, ont continué à être dits *conjuncti* quant au *jus caduca vindicandi*. M. de Wangerow [1] reconnaît bien qu'en matière d'hérédité la *conjunctio* a toujours été attachée à cette condition d'être appelés à la même part, et il signale une différence dans la terminologie des Romains, suivant qu'il s'agit d'héritiers ou de légataires. Cette observation aurait dû, ce semble, l'amener à admettre une distinction entre les héritiers et les légataires au point de vue des effets de la *conjunctio*, qui, pour les uns ou les autres, reposerait sur une idée différente. Cependant il se range à l'opinion commune, et blâme Mühlenbruch de vouloir séparer les héritiers et les légataires, en soutenant que, du moins pour les héritiers, c'est toujours la *conjunctio re* qui a été prise en considération, même pour le *jus caduca vindicandi*, bien que, de l'aveu de M. de Wangerow, il ne faille parler de *conjunctio* entre héritiers qu'autant qu'elle existe *re*.

[1] *Lehrb. der Pand.*, t. II, § 495, *Anmerk.* 2.

Terminons cette discussion, un peu longue peut-être, mais à laquelle nous avons cru devoir donner quelque développement, parce que nous avons rencontré pour adversaires de l'opinion que nous embrassons tous les auteurs, sauf Mühlenbruch, qui ont écrit sur cette matière depuis la découverte des textes nouveaux. Notre conviction est que, pour déterminer la préférence entre les *patres heredes*, les jurisconsultes romains suivirent les règles anciennement admises quant au *jus adcrescendi*. La loi Papia disait sans doute que les parts héréditaires caduques iraient d'abord aux *heredes* CONJUNCTI *qui liberos habebant*. La *conjunctio* sur ce point fut celle de tout temps admise entre les héritiers, qui n'étaient regardés comme *conjuncti* que dans le cas où la même quote d'hérédité leur avait été attribuée à chacun en totalité. Cette *conjunctio re*, toujours indispensable pour constituer la vraie *conjunctio*, pouvait être isolée ou accompagnée d'une *conjunctio verbis*. Nous sommes disposé à croire que là où il y avait un *conjunctus* à la fois *re et verbis*, il devait l'emporter sur un *conjunctus re tantum*, à l'exemple de ce qui avait lieu en matière d'accroissement. Rappelons-nous que les *conjuncti re et verbis* étaient dits ne former qu'une personne [1] vis-à-vis des *conjuncti re*. Cette prérogative de la double *conjunctio* ressort bien du texte de la loi 142; elle était privilégiée de l'aveu de tous, tandis que les avantages dus à la simple *conjunctio re* étaient contestés. La même prééminence de la *conjunctio re et verbis* se retrouve dans la loi 89, *De legat.* 3°, où nous voyons que le *conjunctus* de cette espèce *præfertur omnimodo cæteris*, termes qui ont leur importance, et qui prouvent que celui-là avait le pas sur tous les autres d'une manière absolue. A défaut de tout *conjunctus* véritable, soit *re et verbis*, soit *re tantum*, le *conjunctus verbis tantum* était-il du moins appelé avant les autres héritiers *patres*, qui ne pouvaient se prévaloir d'une *conjunctio* quelconque? Pour être conséquents, les jurisconsultes romains, s'il est vrai, comme nous le pensons, que la *conjunctio* entre héritiers était attachée à la *res*, à la vocation au même tout, auraient dû dire qu'il y avait ici *disjunctio*, et refuser à ces prétendus *conjuncti* un droit de préférence pour la *caducorum vindicatio*, de même qu'il leur était refusé pour le *jus adcrescendi*. Cependant nous n'oserions

[1] L. 34, pr., *De legat.*, 1°.

affirmer comme certain qu'il n'était pas tenu compte subsidiairement de cette sorte de *conjunctio*.

En supposant l'absence de tout *conjunctus* parmi les héritiers *qui liberos habebant*, le profit de la caducité des parts héréditaires devait appartenir à ceux des héritiers qui étaient *patres*, bien qu'ils fussent institués pour des portions distinctes. C'est encore l'analogie du *jus adcrescendi* qui, à notre avis, servait ici de règle ; et nous ne doutons point qu'entre ces *patres* la répartition des *caduca* ne se fît *pro partibus hereditariis*, à l'instar de l'accroissement, et non par têtes. Sur ce point, nous nous écartons également de l'opinion de M. Huschke, p. 324, qui ne s'explique à la vérité qu'à l'égard des legs caducs déférés aux *patres* héritiers, mais qui, par la manière dont il raisonne, nous autorise à penser qu'il déciderait la question de la même manière au point de vue des parts héréditaires. Suivant lui, si les héritiers qui ont des enfants reçoivent de la loi l'aubaine des *caduca*, c'est uniquement en considération du titre d'héritier dont ils ont été honorés par le défunt, titre qui est le même pour tous, et nullement en tenant compte de la quotité de leur institution. M. Huschke oublie, nous le craignons, son point de départ, qui est que la loi Papia avait pour principe de distribuer les *caduca* entre les *patres* conformément à la volonté du testateur. Or, si l'on adopte cette règle, qui nous paraît bonne, il est clair que le testateur a entendu favoriser davantage celui qu'il a institué pour une plus forte part.

Quand il ne se rencontrait aucun héritier *pater* et que néanmoins le testament était maintenu, parce qu'il y avait quelque héritier *solidi capax*, l'*ærarium* n'était pas encore toujours en mesure de faire valoir son droit qui ne devait s'exercer qu'en dernière ligne. Il se trouvait exclu par les simples légataires *patres*, que le bienfait de la loi substituait aux héritiers dont les parts étaient défaillantes. On épuisait, par ordre de mérite fixé par le testateur, toutes les personnes dignes de récompense parmi les gratifiés, avant d'ouvrir le champ au droit du *populus* considéré comme *parens omnium*. Cette faveur exorbitante, qui s'explique par une observation scrupuleuse des intentions supposées au défunt, est formellement attestée par le paragraphe 21 du titre 1^er^ des *Regulæ* d'Ulpien. Nous y voyons que si de deux héritiers institués un seul vient à l'hérédité, et qu'il n'ait ni des *liberi*, ni le *jus antiquum*, ce sont les *legatarii patres* qui rem-

placeront l'héritier faisant défaut, *loco non adeuntis legatarii patres heredes fiunt*. Cette proposition avait paru incompréhensible à Cujas, aux yeux duquel les lois caducaires avaient été principalement portées dans l'intérêt du trésor public. Aussi enseigne-t-il, dans ses notes sur les *Regulæ* d'Ulpien, que ce passage devait être corrompu ; et il le corrigeait en lisant : *præfecti ærarii*, au lieu de : *legatarii patres*. Mais aujourd'hui que le rang extrême assigné à l'*ærarium* dans la dévolution des *caduca* est bien connu, il n'y a aucune difficulté à conserver intact le texte d'Ulpien, et à dire que ce n'était qu'à défaut de tous héritiers et de tous légataires *patres* que l'*ærarium* pouvait, d'après la loi Papia, mettre la main sur les *caduca*. — Il resterait à se demander dans quelle proportion les parts héréditaires caduques étaient déférées aux *legatarii patres*. L'absence de tout document ne permet d'asseoir à cet égard aucune conjecture positive. Peut-être faut-il appliquer ici le système de M. Huschke, qui se recommande par sa simplicité, et admettre un partage par têtes, à raison de la complication qu'entraînerait la nécessité d'une estimation de la valeur de chaque legs. On peut ajouter qu'en ce cas le véritable titre de vocation est dans la loi bien plus que dans la volonté du défunt, et que pour la loi il y a mérite égal chez tous ceux *qui liberos habent*.

Si nous abordons maintenant les règles de la dévolution des *caduca* en matière de legs, nous trouvons à ce sujet un renseignement précieux dans le paragraphe 207 du *Commentaire* II de Gaïus, qui nous fait connaître l'ordre dans lequel étaient appelés les divers ayant droit. Il en résulte qu'avant de laisser tomber le bénéfice du legs dans l'*ærarium*, il y avait trois classes de personnes autorisées à profiter de la défaillance, savoir : 1° les *collegatarii conjuncti*, s'il en existait ayant des enfants ; 2° les héritiers qui étaient *patres* ; 3° les légataires non *conjuncti*, toujours à la condition d'avoir des enfants. C'est ce qui ressort bien nettement de ce texte de Gaïus : « *Et quamvis prima causa sit, in caducis vindicandis, heredum liberos habentium, deinde si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur ut collegatarius conjunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt.* »

Il ne faut pas s'étonner de voir les légataires ordinaires pri-

més, quant à la *vindicatio legatorum*, par les héritiers, ainsi qu'ils l'étaient pour la caducité des parts héréditaires. On ne peut pas dire que les legs défaillants doivent appartenir d'abord à la masse des légataires, de même que les institutions en défaillance reviennent à la masse des héritiers. Les légataires n'ont habituellement aucun lien entre eux, chacun n'ayant reçu qu'un objet particulier, de sorte que le défaut de l'un des légataires ne saurait, en principe, améliorer la position des autres. Les héritiers, au contraire, ont un titre qui leur donne droit à la masse entière des biens du défunt, et qui leur permet de tout prendre si les autres intéressés viennent à manquer. Les legs ne sont qu'une charge de l'universalité dévolue aux héritiers, une *delibatio hereditatis*, d'où la conséquence que, quand un legs défaille, c'est naturellement un dégrèvement pour les héritiers. Cette rétention dans l'hérédité était admise par le *jus antiquum*, sans distinction au profit de tous les héritiers, *patres* ou non. Depuis la loi Papia, ce genre de bénéfice a cessé d'être général ; il est devenu l'un des *præmia patrum*, et a été réservé aux héritiers qui sont seuls dignes de faveur, à ceux *qui liberos habent*. Nous pensons qu'entre les héritiers *patres*, la répartition des legs devait se faire *pro partibus hereditariis*, puisque c'était en considération de leur titre d'héritier qu'ils étaient appelés. Nous excepterions cependant le cas où le legs devenu caduc aurait été imposé uniquement à tel héritier *pater*. Celui-là devait, ce nous semble, recueillir seul le profit de la caducité, comme pouvant invoquer la volonté du défunt, qui n'a entendu diminuer sa part que dans l'intérêt du légataire qu'il supposait apte à *capere*.

L'appel des légataires *non conjuncti*, mais *patres*, à défaut de tout héritier *pater*, n'est autre chose qu'une pure faveur de la loi, une source d'acquisition *ex lege*, qui n'est pas plus étrange que la dévolution même des parts héréditaires caduques. C'est une renonciation que l'Etat fait de son droit, pour encourager le plus possible la procréation des enfants. Elle choisit seulement ceux pour lesquels le testateur a manifesté sa bienveillance, en les honorant du titre de légataires. Quant au partage, entre les *legatarii patres*, du montant des legs caducs, nous estimons qu'il devait s'opérer par tête, à l'exemple de ce que nous avons admis pour les parts héréditaires.

L'ordre à suivre était donc celui-ci : d'abord les héritiers *pa-*

tres, puis les légataires *patres*. Mais on conçoit que si, par les raisons que nous avons données, les légataires sont ordinairement primés par les héritiers, cette infériorité doit cesser quand il s'agit d'un légataire que la volonté du défunt a appelé à recueillir le bénéfice du legs conjointement avec le défaillant. Le légataire, qui peut se prévaloir de cette circonstance, prend ici, au contraire, le premier rang, et l'emporte sur les héritiers, précisément parce que telle était l'intention du testateur. Toutefois, pour que cette préférence s'appliquât, il fallait, d'après le *jus antiquum*, que le colégataire, afin d'empêcher la rétention du legs dans l'hérédité, fût autorisé, en vertu de son propre titre, à prendre ce qui échappait à l'autre légataire, en un mot, qu'il y eût entre eux une *conjunctio re*, sans s'embarrasser si elle était en même temps *verbis*. On devait pouvoir dire que chaque légataire était appelé à la totalité, et que ce n'était qu'en cas de concours qu'il devait être réduit à une fraction.

Cette règle si simple, que nous avons constatée dans l'ancienne jurisprudence, à l'occasion du *jus adcrescendi* au profit de tout légataire *conjunctus re*, semblerait devoir se retrouver, quant à la *caducorum vindicatio*, à l'égard du colégataire *pater*, qui seul avait droit de prendre le legs caduc préférablement aux héritiers. Il n'y aurait là que l'exécution de la volonté du défunt, qui, à notre avis, devait servir de base générale à la répartition des *caduca*, comme elle servait de base pour le *jus adcrescendi*. Néanmoins, il est certain qu'en cette matière on alla plus loin que ne l'avait fait l'ancienne jurisprudence pour l'accroissement, et que le droit aux *caduca* fut étendu au *collegatarius* qui était simplement *conjunctus verbis*, c'est-à-dire auquel la même chose avait été laissée sous assignation de parts. Nous savons cependant que la fixation de parts faisait de chaque legs un objet distinct, et parquait *ab initio* chaque légataire dans la fraction que lui avait attribuée le testateur, de sorte que l'éventualité d'une défaillance ne devait pas lui profiter. Gaïus, II, § 208, enseigne positivement que, suivant l'opinion la plus générale (car il paraîtrait que cette interprétation avait rencontré des contradicteurs), le *jus caduca vindicandi*, par préférence aux héritiers, compétait au *collegatarius conjunctus*, tout aussi bien dans un legs *per damnationem* que dans un legs *per vindicationem*[1]. Or,

[1] « *Sed plerisque placuit, quantum ad hoc jus quod lege Papia conjunctis*

quand il s'agissait d'un legs *per damnationem*, il ne pouvait exister qu'une *conjunctio verbis*, suivant l'adage : *Damnatio partu facit.*

Si nous ne rencontrions que cette dérogation à la théorie du *jus adcrescendi* dans la *caducorum vindicatio* pour les legs, elle ne présenterait rien d'embarrassant. Nous avons déjà fait observer qu'il y avait une certaine rigueur à dire que les légataires conjoints *verbis* ne devaient jamais avoir qu'une part (*semper partes habent*). Il est possible, en effet, que le testateur n'ait opéré une division que dans la prévision d'un concours qu'il espérait, de sorte que cette division ne portât, suivant la distinction faite par certains auteurs, que sur l'*exécution* et non sur la *disposition même.* Qu'on eût tranché le doute qui peut s'élever dans le sens le plus avantageux aux légataires, ce serait là seulement une interprétation bienveillante, pour laquelle l'abandon des anciens principes s'expliquerait par la faveur dont on voulait entourer les *patres.* Mais cette protection assez plausible, accordée aux *collegatarii conjuncti verbis*, deviendra bien regrettable si, pour la justifier, il faut sacrifier la préférence bien fondée en raison que méritent les *collegatarii conjuncti re*, c'est-à-dire ceux à qui la même chose a été léguée en totalité par des formules distinctes ; s'il faut, en d'autres termes, asseoir le droit des *conjuncti verbis* sur la ruine des *conjuncti re.*

C'est là cependant la conséquence à laquelle on arrive nécessairement quand on entend, avec le sens naturel qu'il présente, le fameux Fragment de Paul, la loi 89, *De legat.*, 3°. En voici la teneur :

« *Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, Titio et Seio fundum æquis partibus do, lego : quoniam semper partes habent legatarii. Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui et re et verbis conjunctus est. Quod si re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem.*

constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit. » — On trouve un exemple remarquable de l'application du *jus caduca vindicandi* au profit du *collegatarius conjunctus* en matière de legs *per damnationem*, dans la loi 29, *De liber. leg.*, tirée du livre VI de Paul *Ad legem Juliam et Papiam.* Seulement les compilateurs des Pandectes ont remplacé l'expression *caducum* que Paul avait sans doute employée par cette périphrase : « *Commodum quod lege competit.* »

Si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non, quæstionis est, an conjunctus potior sit? Et magis est ut et ipse præferatur. » Paulus, lib. VI, *Ad legem Juliam et Papiam.*

Ici, toutes les *conjunctiones* sont prévues, de même que leurs effets sont exposés. Pas de difficulté quant à la *conjunctio re et verbis :* le *conjunctus* de cette espèce sera préféré à tous, c'est-à-dire non-seulement aux héritiers, mais encore aux autres *conjuncti.* Cette conclusion nous paraît contenue dans les expressions de Paul (*omnimodo cæteris*), et nous rejetons l'explication de M. Huschke, qui met sur la même ligne, p. 324 [1], les *conjuncti* quelconques autorisés à la *caducorum vindicatio.* D'après nous, il y a une juste interprétation de la volonté du défunt à dire que le *conjunctus re et verbis*, ne faisant qu'une personne avec son conjoint, tiendra absolument sa place. La dernière proposition de la loi 89, la préférence accordée au *conjunctus verbis* sur les héritiers (telle est la pensée de Paul, comme le prouve un rapprochement avec le paragraphe 207 de Gaïus), ne nous offusque pas non plus, quand il ne se rencontre ni *conjunctus re et verbis*, ni *conjunctus re.* Nous en avons donné plus haut les motifs. Il reste donc uniquement à se rendre compte de l'exclusion prononcée à l'égard du *conjunctus re.*

Cette exclusion est, nous l'avouons, nettement indiquée par ces mots du texte : *Quod si re...* Le sens de l'expression *potior* est aujourd'hui fixé par le paragraphe 207 de Gaïus ; il n'est pas question de l'accroissement proprement dit, mais bien de savoir si, quant au droit de profiter de la caducité, le colégataire *conjunctus re tantum* jouira de la préférence que la loi Papia accordait sur les héritiers *patres* aux *collegatarii conjuncti.* C'est cette prérogative qui lui est déniée, et, dès lors, la *conjunctio* dans le sens des lois caducaires qui est repoussée. Une pareille solution nous apparaît presque comme une monstruosité, à côté

[1] M. Huschke déclare ne pouvoir comprendre qu'il y ait concours d'un *re et verbis conjunctus* avec un *verbis conjunctus*. Cette hypothèse se réalisera, croyons-nous, dans l'espèce suivante. Le testateur a dit : *Je lègue le fonds Sempronien à Primus et à Secundus. Ce que j'ai légué à Secundus, je le lègue aussi à Tertius, pour moitié à chacun.* Tous les appelés étant capables, Primus prendrait moitié, et les autres chacun un quart. Que Secundus fasse défaut, Primus, que nous supposons *pater*, pourra, si notre doctrine est exacte, revendiquer la part de Secundus, à l'exclusion de Tertius, qui restera réduit à un quart.

de la qualité de *conjunctus* reconnue à celui qui ne l'est que *verbis*, qui, par conséquent, n'a obtenu rigoureusement qu'une part. Paul répète lui-même la formule usitée : « *semper partes habent*, » et semble écrire la condamnation de sa doctrine. Il valait donc mieux, pour un légataire, que le testateur l'eût réduit à une fraction au lieu de lui laisser le tout! Ne perdons pas de vue qu'il s'agit d'un *pater*, digne de toute la faveur de la loi. Il a en outre pour lui la volonté du défunt, qui, en lui attribuant la totalité à défaut de concurrent, l'a préféré pour cet objet à ses héritiers. Néanmoins, il devra se contenter d'une moitié, tandis que, si le testateur eût dit qu'il n'aurait qu'une part, en assignant l'autre part à quelque autre, pourvu qu'il l'eût fait dans la même phrase, les héritiers *patres* auraient dû lui céder le pas. C'est là ce que la raison a peine à admettre, malgré l'évidence du texte. Nous sommes surpris que cette observation ait échappé, en général, aux auteurs modernes. On a fait grand bruit de l'importance qu'offrait l'interprétation nouvelle de la loi 89, pour sauver la pureté des principes du *jus adcrescendi*, puisque désormais il est avéré que le droit accordé au *conjunctus verbis* n'est point le droit d'accroissement, mais celui de la *caducorum vindicatio*. Nous voulons bien que la théorie de la *caducorum vindicatio* soit plus large que celle de l'accroissement, mais à condition que la concession faite aux *conjuncti verbis* ne sera point achetée au détriment des *re conjuncti*, dont le titre est incontestable.

Il est facile de démontrer, par la manière même dont raisonne Paul, qu'il aurait dû arriver à une solution tout autre que celle à laquelle il aboutit. Sa première proposition est celle-ci, que le *conjunctus re et verbis* doit être préféré à tout le monde, héritiers ou légataires. De plus, quand il s'occupe de la *conjunctio verbis*, il reconnaît que le droit de préférence est pour eux l'objet d'une difficulté (*quæstionis est*). D'où vient cette difficulté? évidemment de ce que, la circonstance de la *eadem res* faisant défaut, on sent ici l'absence d'une *conjunctio* véritable. Par conséquent, l'idée de *conjunctio* doit s'attacher à la *res*. On ne doute pas de la *conjunctio* pour le *conjunctus re et verbis*, parce que le lien nécessaire se rencontre. Si ce lien réside dans l'unité de la chose, il faut donc proclamer *conjunctus* celui qui l'est *re*, et lui accorder sans hésiter une préférence qui n'appartient qu'avec peine, dit-on, au *conjunctus verbis*. Car, en définitive, la *conjunc-*

tio est dans la *res* ou dans les *verba*. Si on la place dans les *verba*, pourquoi le *conjunctus re et verbis* serait-il préféré *omnimodo cæteris*, dès l'instant où la *conjunctio* par la *res* est indifférente? quelle raison y a-t-il aussi d'élever une controverse sur le droit du *conjunctus verbis*, puisqu'on déclare la *conjunctio re* sans importance, ce qui serait un point constant (*constat non esse potiorem*)?

La loi 89 serait justifiée en tout point, s'il était permis d'effacer une négation et de lire ainsi : *constat esse potiorem*. Elle consacrerait d'abord une préférence absolue quant au *conjunctus re et verbis*; en second lieu, une préférence non douteuse sur les héritiers quant au *conjunctus re*; enfin, la même préférence, bien que contestable, quant au *conjunctus verbis*. Nous sommes loin cependant de proposer ce moyen violent, qui ne repose sur l'autorité d'aucun manuscrit. Il nous est impossible également d'adopter l'explication de Rossnirt, t, I, p. 598, qui lui aussi répugne à admettre l'exclusion du *conjunctus re*. Dans son opinion, Paul voudrait dire seulement que, pour le *conjunctus re*, il ne peut être question d'une préférence, parce qu'il se borne à réclamer ce qui lui a été laissé directement, et qu'il n'entreprend point sur le droit d'un autre. Cette remarque est pleine de justesse, et elle fait bien sentir toute l'iniquité qu'il y a dans le système qui écarte le *conjunctus re*. Non-seulement vous refusez à un *pater* le privilége de la *caducorum vindicatio*, mais encore vous ne lui laissez pas son legs entier, bien qu'il ait droit à l'*omne legatum*, comme dit Juvénal. Mais il suffit de lire attentivement le texte de Paul, pour comprendre qu'il a en vue une part à donner à quelqu'un, et qu'il s'agit de savoir qui l'on doit préférer, *quis potior sit?* Nous ne partageons pas non plus l'avis de Mühlenbruch[1], qui a essayé de réchauffer une vieille interprétation due au glossateur Rogerius. Elle consiste à prétendre que l'intention de Paul a été uniquement de nier la préférence du *conjunctus re* par rapport au *conjunctus re et verbis*. Le jurisconsulte n'aurait fait ainsi que répéter ce qu'il venait de dire. Mühlenbruch va même jusqu'à soutenir que Paul refuse tout droit de préférence au *conjunctus verbis*. Pour cela il transforme le texte, et lit la dernière phrase comme s'il y avait ces mots : *an conjunctus*

[1] *Continuation de Glück*, t. XLIII, §§ 1498, 1499, p. 330.

RE *potior sit?* Ce procédé nous paraît bien arbitraire ; il dénature la physionomie naturelle du texte. D'ailleurs ce dernier résultat est contredit par le paragraphe 208 de Gaïus.

Nous aimons mieux confesser que Paul se prononce franchement pour l'exclusion du *conjunctus re*, et pour l'admission du *conjunctus verbis* quant à la *caducorum vindicatio*. Nous croyons même que sur ce point il ne fait que reproduire l'opinion qui avait fini par prévaloir. Quelque critiquable que nous semble cette décision, nous l'expliquons par une suite de la faveur qui avait été, après hésitation, accordée à la *conjunctio verbis*. En effaçant la division faite par le testateur, on se trouva entraîné à placer la *conjunctio* dans les *verba*, et dès lors à ne plus faire attention à la *eadem res*. Cette doctrine fut sans doute favorisée par l'usage qui s'était établi d'appeler *disjuncti* les légataires gratifiés du même objet par des formules distinctes, suivant la remarque que nous avons faite précédemment [1]. Cependant il ne paraît point que cette manière d'entendre la *conjunctio* dans les legs ait triomphé sans controverse, ainsi que l'attestent le paragraphe 208 de Gaïus et la loi 89, *De legat.*, 3°. M. Rudorff pense que c'est seulement à l'époque de Gaïus qu'elle est devenue prédominante. Celse, dans la loi 80, *De legat.* 3°, est encore très-positif pour ne pas séparer l'idée de la *conjunctio*, soit qu'il s'agisse d'héritiers, soit qu'il s'agisse de légataires. Il nous dit qu'un legs est fait *conjunctim*, quand il y a *totum singulis datum*. Les jurisconsultes postérieurs semblent encore hésiter entre les deux significations du mot *conjunctim*. Ainsi Ulpien, loi 1, pr., *De usuf. adcresc.*, pose pour règle qu'il n'y a lieu à accroissement entre légataires d'un usufruit qu'autant que le legs a été fait *conjunctim*. Or, comme en matière d'usufruit l'accroissement avait été maintenu, c'est bien la solidarité de la vocation, l'unité de la *res legata* qu'Ulpien désigne par cette expression : *conjunctim*. Cependant le même jurisconsulte, dans le paragraphe 77 des *Vat. Fragm.*, qui lui appartient, refuse la qualité de *conjuncti* à ceux auxquels l'usufruit de la même chose a été légué en *totalité*, mais *separatim*, c'est-à-dire par des dispositions isolées. Cette diversité de langage est regrettable par

[1] Voyez notre premier article, p. 175 et 177, notes. — Consultez sur ce point Gaïus, II, 199, 205, 215, 223; Ulpien, *Reg.*, tit. XXIV, 12, 13.

les conséquences qu'elle a produites [1] ; mais du moins faut-il restreindre aux legs l'idée d'une *conjunctio* attachée aux *verba*, puisque c'est uniquement à leur égard que cette déviation du sens le plus raisonnable se rencontre, et que pour les institutions d'héritier les jurisconsultes romains n'ont jamais placé la *conjunctio* ailleurs que dans la *res*.

E. MACHELARD,
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

(*La suite à un prochain numéro.*)

[1] Il est curieux de voir que le vice de langage, qui avait prévalu quant à la *caducorum vindicatio* pour les legs, ait traversé les âges, pour se retrouver dans notre Code qui fait résulter la qualité de conjoint de l'unité de disposition, art. 1044.

LES LÉGISTES AU DIX-HUITIÈME SIÈCLE.

INFLUENCE DES PHILOSOPHES

SUR LE DROIT CIVIL.

Toute grande révolution entraîne une réforme dans les lois civiles. La Renaissance et Luther amènent la rédaction officielle des coutumes ; 89 et la Constituante, le Code Napoléon. Notre époque a compris, après Montesquieu, cette relation intime du droit et de l'histoire ; elle y a puisé plus d'un solide enseignement.

Mais il est une autre relation non moins étroite, non moins féconde, c'est celle qui existe entre la législation et le mouvement philosophique d'un temps. Port-Royal et le cartésianisme, au dix-septième siècle, ont donné à la jurisprudence des Parlements et à certaines ordonnances une physionomie sévère et casuistique ; ils ont rapproché en quelque sorte le magistrat du théologien. Les penseurs du siècle suivant ont aussi imprimé au droit un caractère particulier. Quels progrès lui ont-ils fait faire ? Par quelles idées ont-ils remplacé les idées anciennes ? Ces hommes de lettres, qui, dans la direction de la société, prennent la place que tinrent autrefois les légistes, se sont-ils préoccupés sérieusement des règles qui régissaient les personnes et la propriété ? Ont-ils continué contre les privilégiés ces luttes légales commencées depuis tant d'années ?

Les oreilles sont remplies des noms de Calas et de Sirven, d'Étallonde et de Morival. Redire, après tant d'autres, que le droit criminel n'existait pas, que les plus naturelles garanties étaient refusées à l'accusé, au moment où il y eut le plus d'étalage de philanthropie et le plus de facilité dans les mœurs, ce serait chose fastidieuse. Du reste, la législation pénale obéit, moins qu'on ne le pense, aux désirs, aux appels des intelligences d'élite : elle dépend du cœur humain et surtout des préjugés populaires. Toujours en retard ou en désaccord, elle est un mi-

roir trompeur pour qui veut y chercher l'image frappante de la société. Ou chimérique ou barbare, elle est presque toujours au-dessus ou au-dessous des délits et des coupables. Le droit civil, au contraire, a un précieux avantage, même sur les lois politiques. Expression du génie d'un peuple, il permet de suivre ses différentes phases d'une manière sûre, et reflète nettement ses vices et ses qualités. Touchant aux intérêts publics et à la vie privée, il grandit avec le sens commun ; il résume un monde par les côtés à la fois généraux, individuels et pratiques.

De même que la petite propriété ne date pas de la Révolution, de même que notre système administratif a de fortes racines dans les règlements de l'ancienne monarchie ; de même notre Code civil doit au dix-huitième siècle d'avoir passé si vite à l'état de monument impérissable. Examiner la part qu'ont prise, dans ce changement extraordinaire de la constitution sociale, les hommes qui, sans être des jurisconsultes, les inspirèrent ; préciser ce qu'il y eut d'applicable aux rapports des personnes et des biens, dans les écrits des philosophes, des physiocrates, de tous ceux qui rêvèrent un homme nouveau dans une société prête à se renouveler, c'est élargir la sphère où s'agitent habituellement les problèmes juridiques ; c'est leur rendre l'espace et l'importance qu'ils méritent.

Nous verrons ainsi, sous un aspect moins connu, ce dix-huitième siècle si vanté et si calomnié, et dont il ne faut parler, selon la devise de Mallet du Pan, *nec temere, nec timide*. C'était par un jour de suprême ennui et d'égoïsme outré que Mme du Deffand disait : « Le succès du livre d'Helvétius n'est pas étonnant, c'est « un homme qui a dit le secret de tout le monde... » Ne faisons pas comme la vieille amie d'Horace Walpole ; ne prenons pas nos vices particuliers pour ceux d'une époque. Avant de juger, regardons les résultats obtenus.

I.

Quel était l'état des biens et des personnes lorsque parurent les premières ordonnances de d'Aguesseau ?

La rédaction des coutumes avait renversé en partie les fondements de l'ancienne société civile. Personnalité, famille, patrimoine, tout avait été retouché. Des rapports de personne à per-

sonne, il n'était resté que ceux dérivés des contrats. Mais, par une déviation regrettable, la haute bourgeoisie, en acquérant le domaine féodal, avait entraîné la réforme civile vers le droit noble. Elle avait introduit dans les classes moyennes les prérogatives du fief, l'aînesse, la masculinité, les retraits, les institutions contractuelles, les majorités tardives. Le travail était enchaîné; l'inégalité dominait encore toutes les relations juridiques.

La féodalité, vaincue au grand jour, s'était réfugiée partout, modifiant profondément les conditions de la vie privée. Tant que la royauté avait eu à combattre la puissance justicière, elle avait protégé serfs et vilains, institué les communes et brisé les garennes; mais, depuis que l'autorité seigneuriale cessait d'être redoutable, la roture était sacrifiée. Les devoirs de fief que Chopin qualifiait de *charges honteuses, sordides et ridicules,* tombaient, à la vérité, en désuétude; mais ils n'existaient pas moins. Ils entretenaient entre les classes une haine d'autant plus accumulée qu'elle était silencieuse, d'autant plus vive que la vanité, le plus grand mal de notre pays, était en jeu [1]. Les droits de justice, presque entièrement confondus avec ceux de fief, étaient réduits à des priviléges honorifiques, à quelques prérogatives préservées, par les coutumes, de l'interversion. Par cela même qu'ils étaient moins nombreux, on les exigeait avec plus de rigueur. D'une diversité encore très-grande, ils présentaient néanmoins ce trait commun, d'atteindre presque exclusivement le sol et celui qui le cultive.

Louis XIV, qui avait la superstition de la royauté, mais qui manquait de discernement et de portée de vue, vint imprimer au droit le sceau du pouvoir absolu. Il avait trouvé déposé en germe, dans la législation féodale et dans le Code Michau, le principe de la mouvance directe et universelle du roi sur toutes les terres du royaume [2]. Ce n'avait été dans l'origine qu'une arme de guerre, inventée par les légistes, pour mieux assujettir la propriété féodale à l'unité royale. Encouragé par les flatteries de la Sorbonne, soutenu par toute une école, celle des Domanistes, Louis XIV formula énergiquement cette théorie dans les édits de 1676 et de 1692.

[1] V. Tocqueville, *l'Ancien régime et la Révolution.*

[2] V. Troplong, *De la propriété d'après le Code civil*; Laferrière, *Histoire du droit.*

On comprend toutes les conséquences d'un pareil système. De ce domaine éminent découlèrent toutes les mesures fiscales qui portaient atteinte à la propriété : le droit de franc-fief sur les biens nobles possédés par les roturiers, le droit d'amortissement sur les biens de mainmorte, et les droits de bâtardise, de dixième sur les mines, etc., etc. Sur cette doctrine mêlée, il faut le dire, à celle de droit divin, s'appuyèrent aussi les confiscations. Si de la propriété nous passons aux personnes, nous trouvons semblables corollaires. L'autorité du père est armée d'une âpreté inouïe; le mariage, dépouillé de sa nature de contrat, est complétement transformé en sacrement. L'alliance du catholicisme exclusif et de la royauté biblique, commencée par les ordonnances de la fin du seizième siècle, est sanctionnée : elle inspire une série d'iniquités sur l'état civil des religionnaires. Partout l'oubli complet de l'individualité humaine ; le droit, n'étant que le développement régulier de cette individualité, ne pouvait que rester stationnaire sous un pareil régime.

En face de cette première influence, une seconde se faisait sentir, plus morale, mais non moins absolue, sacrifiant aussi l'homme, non plus au roi, mais à Dieu. Partis de deux points opposés, Louis XIV et Domat arrivaient pourtant au même but. Mais quelle sérénité dans cette ébauche de législation de l'ami de Pascal ! Port-Royal avait voulu posséder son jurisconsulte, comprenant très-bien que par lui sa tradition se conserverait mieux; et il avait coordonné ses doctrines, synthétisé ses aspirations, dans le *Traité des lois civiles dans leur ordre naturel*, œuvre d'un profond juriste et d'un grand chrétien. Il ne s'agit plus de la volonté et du libre arbitre, les conventions ne sont que des liens dont Dieu se sert pour maintenir la société [1]. Il est même des engagements encore plus indépendants de nous, ce sont les tutelles, les charges publiques, les quasi-contrats. Comme ils découlent d'événements dont Dieu a fait naître seul les occasions, ils ne sauraient avoir rien qui ne soit juste. Il faut y reconnaître la loi divine et lui obéir avec la fidélité et l'exactitude que nous devons à ce qu'elle commande.

C'est sur cette morale fortifiante et austère que Domat bâtissait la cité future. Les yeux fixés sur son idéal, il plaçait les

[1] V. Domat, deuxième partie, préface ; *id.*, liv. II, tit. Ier, sect. III.

principes du droit dans la possession de Dieu, le souverain bien. Il faisait de tous les rapports sociaux une application du devoir général de charité. Ne comptant pour rien le désir du bonheur, il donnait pour appui à sa doctrine l'idée sublime de sacrifice. Il oubliait, comme tous les hommes de bien, que ce sont, en réalité, les sept péchés capitaux qui gouvernent le monde. Non pas qu'il élevât trop l'homme ; au contraire, profondément convaincu de son néant, il lui refusait même la faculté d'affirmer au nom de sa raison. L'individu disparaît complétement; la société est toute religieuse ; la jurisprudence n'est plus qu'un commentaire pratique de l'Evangile ; on arrive même, comme M. de Valincour, à dénier la faculté de justice à qui n'a pas la grâce. Le *Traité des lois civiles* était digne d'être le code des solitaires de Port-Royal ; mais il ne pouvait convenir à une nation qui n'a ni préjugés ni repos, constamment jetée d'une route dans une autre, à une nation dont le caractère est la poursuite acharnée de l'individualisme en toutes choses et sous toutes ses faces. En annulant la personnalité humaine, l'école de Domat détruisait le droit. Elle se rapprochait donc, comme nous le disions, par ses résultats, de la théorie développée dans l'*Instruction de Louis XIV au dauphin* et dans le *Testament politique de Louvois*. Au dix-huitième siècle, les traditions de Domat conduiront la jurisprudence des Parlements à la subtilité et inspireront à Pothier ses distinctions entre le *for intérieur* et le *for extérieur*. Par un rigorisme pédantesque, détournées de leurs cours, elles mèneront à la cruauté dans la répression des crimes.

Nous avons hâte d'indiquer comment l'impulsion donnée par les légistes de la Renaissance ne s'arrête pas. En présence de deux principes absolus, Colbert et Lamoignon interviennent pour raviver ce que nous appellerons le droit personnel. Comme Domat, Colbert avait aussi son idéal : il le plaçait dans la réhabilitation du travail et dans une prospérité matérielle croissante. D'une humeur sévère et ennemie de tout privilége, il introduisait dans le dix-septième siècle cette maxime démocratique : A chacun selon son mérite et selon ses œuvres. Opposé ouvertement au dogme de la directe universelle[1], il donnait pour origine à la

[1] *Mémoires* de M. de Cosnac : Assemblée du clergé, 1666, où Colbert est peint sur le vif.

propriété le labeur obstiné, la vie occupée et utile. Dans son admirable synthèse, dont nous n'avons que des fragments, son but était d'environner de garanties l'homme du tiers état exploité, d'accorder des sûretés à sa fortune, des encouragements à ses entreprises industrielles. Quelle idée salutaire n'a pas appartenu à Colbert? S'il lui eût été permis de creuser plus profondément, de quel mouvement décisif n'auraient pas été frappées les choses humaines? Mais, saisi d'abord, comme ses contemporains, par l'amour de la régularité, entraîné par le besoin d'ordre et d'harmonie, qui était comme l'atmosphère du siècle, Colbert fut surtout un administrateur. Sauf une exception, l'Ordonnance du commerce, il s'occupa plus de réglementer, de retoucher les formes, que de poser des bases nouvelles. Il oubliait qu'on ne pouvait réformer la procédure qu'avec l'ordre judiciaire, et que jamais on ne réformerait l'ordre judiciaire, si on ne commençait par simplifier les lois civiles.

Cette simplification, Lamoignon l'essaya. Il laissa à la postérité le travail le plus complet qu'ait formulé l'ancienne magistrature pour arriver à l'unité de législation. Non pas que, dans l'esprit de M. le premier président, ce rêve que se transmettaient les hommes de génie fût possible à réaliser. Aux clartés de son intelligence aussi haute que sereine, Lamoignon voyait très-bien toutes les originalités provinciales, toutes les diversités d'intérêts, l'absence d'une vie légale commune, et par-dessus tout les priviléges et les exceptions; mais il comptait sur l'élan donné à l'opinion et aux idées générales. Il ne s'aventurait pas jusqu'à vouloir changer les mœurs; mais il s'élevait pourtant jusqu'à l'origine et à la raison des lois; il inscrivait en tête de ses *Arrêtés* l'abolition complète et absolue du servage. Sans aller jusqu'à la destruction des corvées et des banalités, il les renfermait dans des bornes strictes. Il exigeait les déclarations et reconnaissances des tenanciers. La retenue censuelle était abrogée, les droits de lods et de ventes, ceux de relief limités; le retrait lignager, praticable seulement dans la huitaine de la publication du contrat de mariage; les préciputs et avantages des aînés, étendus indifféremment aux nobles et aux roturiers; tous les actes distincts de foi et hommage effacés.

C'était, en outre, un immense progrès vers la codification, et, littérairement, la substitution d'un langage net et sobre à la re-

dondance puérile, à la phraséologie embarrassée des monuments juridiques. On peut donc regretter que la jalousie de Pussort ait empêché son neveu Colbert de consacrer officiellement l'autorité de l'imposant travail de Lamoignon. Au lieu d'être un document à consulter, les *Arrêtés* eussent avancé de cinquante ans les réformes de Turgot. Dans l'absence de savoir qui distingue le dix-huitième siècle, ils eussent servi de point de repère aux vagues déclamations des novateurs. Comme œuvre d'ensemble, l'époque suivante ne présente rien de comparable. Les ordonnances de d'Aguesseau, qui puisa abondamment aux *Arrêtés*, sont timides et ne règlent que des questions secondaires. Il faut aller jusqu'aux édits de 1776, pour trouver autant d'élévation et de portée.

Malgré ces témoignages puissants d'intérêt donnés à l'individu, la société civile ne progresse que faiblement. Les prétentions de la monarchie absolue, en s'accusant ouvertement, ralentissent sa marche. Du reste, il n'y avait pas encore de moralité dans la législation royale. Je m'explique : il n'y avait pas encore de principes fixes dans les ordonnances. Selon les nécessités du moment, selon les besoins financiers du jour, on révoquait le lendemain les avantages accordés la veille ; un édit en détruisait un autre. En août 1693, le roi nie formellement la promesse d'affranchissement rendue en 1656 et 1672 au profit des possesseurs roturiers de fiefs et de leurs successeurs ; il impose le droit de franc fief aux représentants de ceux qui l'avaient racheté quarante ans auparavant. Une déclaration de 1696 avait autorisé tout individu à acquérir des droits seigneuriaux. Deux édits de 1705 et 1715 donnent aux seigneurs la faculté de dépouiller les acquéreurs, en remboursant le prix.

Nous pourrions multiplier de tels exemples. En France, le défaut de sentiment de la légalité ne date pas des temps modernes. Chez tous les hommes de l'ancien régime, la place que la notion de la loi doit occuper était vacante. Le moyen âge avait enraciné dans le cœur des roturiers la défiance du juge et de l'homme d'affaires, et les nobles se souvenaient encore que les premiers légistes siégeaient à leurs pieds. Au sein des Parlements eux-mêmes, et toutes les fois qu'il ne s'agissait pas de leur propre indépendance, le droit était une science et non pas un sentiment.

La royauté n'essayait pas de remédier à un pareil mal. Elle avait réussi à dérober aux tribunaux ordinaires la connaissance de presque toutes les contestations où l'autorité publique était intéressée. Si le peuple avait affaire à l'État, il ne trouvait que tribunaux exceptionnels, procédure rapide et illusoire, arrêt exécutoire par provision et sans appel. Le juge même était souvent plus rigoureux que la loi. Bien que ses idées romaines le portassent à rejeter le dogme de la *Directe*, en fait, il n'intervenait pas pour protéger la petite propriété. Le gouvernement avait-il besoin pour ses entreprises de quelques terres voisines, malgré quelques arrêts du Conseil cités partout, les propriétaires étaient arbitrairement ou tardivement payés, et souvent ne l'étaient pas du tout.

Ces abus existent même sous la régence du duc d'Orléans, alors que les Parlements parlent le plus de leur amour du bien public. Ils marchent parallèlement avec les monstrueuses procédures criminelles. Pas une protestation de la magistrature ou du barreau! Les légistes, par une déviation fatale, tournaient déjà le dos au soleil. A part quelques grands noms, ils ne comprenaient plus la philosophie du droit. La rigidité des principes du dix-septième siècle, jointe au faux jansénisme, effaçait en eux ces maximes de droit naturel qui avaient servi de drapeau aux immortelles conquêtes de leurs aïeux. Les travaux sérieux de jurisprudence commencent aussi à être abandonnés. Il suffit souvent, pour juger des préoccupations d'une époque, de jeter les yeux sur les catalogues de librairie qui s'y publient; pendant les dernières années de Louis XIV, il ne paraît que livres de théologie, comme, à la fin du siècle suivant, que traités d'agriculture et d'économie politique. La science du droit se traîne dans les sentiers battus; et, quelle que soit l'importance des travaux de Baluze, d'Eusèbe de Laurière, aucun souffle nouveau n'y circule.

Mais à peine la vieille cour de Saint-Cyr est-elle abandonnée, que l'opinion se demande où en est resté le drame commencé sous les Valois. La lassitude d'un long règne et l'avidité de l'avenir nous précipitent dans un ordre de pensées différentes, et l'esprit français se remet en route, à la découverte de ses destinées.

II.

Le caractère même du dix-huitième siècle était favorable au développement du droit. Débarrassés à peine de nos lisières, nous avions la force des hommes et l'inconsidération des enfants ; nous voulions violemment ce que nous voulions, le feu dans le regard, l'impatience dans le cri. Tout étonnés et tout fiers de nous sentir dignes de la robe virile, nous nous adorions nous-mêmes, exagérant une puissance qu'on avait presque anéantie. Avec les restrictions que commande la morale divine, disons qu'aimer l'homme et avoir la conscience de sa volonté, c'était prendre le chemin qui mène à la régénération des lois.

De cette tendance universelle, émanant de tous les écrits du temps, même d'un quatrain de Dorat, même de *Paul et Virginie*[1], naissait un désir passionné de se rendre compte de tout, de n'être dupe de rien, de substituer aux coutumes compliquées et traditionnelles du moyen âge, des règles simples, puisées dans la raison et le droit naturel. De cette critique défiante et curieuse dérivaient aussi la méthode et la précision. Avides de civilisation, et sentant que le travail en est l'instrument, tous les écrivains le réhabilitaient et amplifiaient magnifiquement la maxime démocratique de Colbert.

Mais nous ne nous rendrions pas un compte exact de ce que la législation civile doit aux penseurs du dix-huitième siècle, si nous ne descendions pas des hauteurs de ces considérations générales. Voyons plus particulièrement ce que demandèrent les philosophes, nous saurons ensuite ce qu'ils obtinrent. Au point de vue spécial où nous nous sommes placés, trois influences principales peuvent se discerner par ordre de date : celle de Montesquieu, celle de Voltaire et celle des physiocrates.

Montesquieu fut peu compris ; la modération de sa pensée ne fit d'abord accepter son œuvre que par l'élite des esprits. N'ayant des vices particuliers de son temps qu'une confiance excessive dans la nature humaine et le penchant à subordonner le fait à l'idée, il eut besoin, pour rayonner, de mourir. Ayant beaucoup, dans l'ensemble de sa physionomie morale, du patricien de l'ancienne Rome, il vit trop le côté politique ; dominé par des pré-

[1] Lire la conversation de Paul et du vieillard.

jugés nobiliaires, il ne put jamais se convaincre du besoin d'unité. Peu pratique, effrayé de la quantité d'édits et d'ordonnances, non moins que de celle des glossateurs, il ne se lançait qu'avec stoïcisme dans cette mer de lois, où manquaient, disait-il, même les rivages; il dévorait, comme Saturne dévorait les pierres, tous ces écrits froids, secs, insipides. Plus libéral que Voltaire, plus libéral que Rousseau, sa puissance durable s'exerce surtout sur les formes gouvernementales. Parti souvent, dans le détail des lois civiles, d'un principe faux, combattant les sentiments naturels eux-mêmes, il fut cependant le premier qui dégagea le problème de la législation à venir des obscurités de l'école et des broussailles des feudistes.

D'un coup d'œil il perçait la masse et en faisait jaillir des gerbes de lumière. Elles ont éclairé la plupart des questions importantes du droit privé; sur les points principaux, *l'Esprit des lois* n'hésite pas. Plus de substitutions, elles gênent le commerce; pas de biens de mainmorte, le clergé est une famille qui ne doit pas s'augmenter; pas de rentes et beaucoup de prêts à intérêt : voilà pour la propriété. Pour les personnes : pas de servage, les terres rendent moins en raison de leur fertilité que de la liberté de leurs habitants; dans la famille, pas d'union indissoluble, asservissement des successions à la politique, combinaison des droits de chacun avec les besoins de la société. Pour la forme : peu de procédure, concision et simplicité de la loi.

Toujours et partout homme de gouvernement, Montesquieu ne veut pas qu'on frappe directement un abus pour le détruire; comme le préteur, il préfère les dispositions détournées. Elevant le droit jusqu'à la métaphysique, il le rend humain et généreux. Trouvant les préambules des édits de Louis XIV plus insupportables au peuple que les édits mêmes, il n'admet pas que les manifestations du pouvoir judiciaire aient d'autre source que le rapport entre l'intérêt individuel et celui du corps social. Comme il ne rencontrait pas cette harmonie dans l'amas informe des coutumes, elles répugnaient à sa raison.

Il étonna plus qu'il ne convainquit ceux qui ne savaient pas; même aux derniers commentateurs des coutumes, il ne put imposer que quelques opinions historiques[1]. Montesquieu n'avait

[1] V. Chabrol, *Coutumes d'Auvergne*, chap. XI, articles 4 et 5; chap. XVII, article 19.

pas tout dit, tout saisi ; mais ce qu'il avait vu, il l'avait vu supérieurement *et sous un angle immense*[1] ; pour qu'on admirât son immortel ouvrage, il fallait que la science fût faite. Les Anglais ne s'étaient pas trompés sur la hauteur de son génie ; dès qu'il se leva, Walpole, Gibbon le saluèrent comme un maître.

Bien autrement retentissante et écoutée fut la voix de Voltaire : celle-là, c'était la voix de la bourgeoisie elle-même ; c'était la presse du temps incarnée dans un seul homme, devinant tout et disant tout. Son individualité est si complexe, qu'on ne peut la juger d'une manière générale, sans risquer d'être banal. Il y a différentes phases dans son rôle ; autrement, comment concilier les contradictions de cet éblouissant esprit ? Nous n'étudierons que sa phase judiciaire, et encore laisserons-nous de côté sa lutte pour les victimes de notre pénalité.

Voltaire avait les deux grandes qualités de notre pays : l'amour de l'action et le goût des affaires ; il eût primé dans la guerre des subtilités juridiques ; c'était un procureur. Il mit là comme partout sa faculté de prosélytisme ; et, dans une langue à lui, faite pour lui, il souleva, discuta plus de questions de droit que tous les hommes du siècle réunis ; non pas qu'il fût jurisconsulte et qu'il vît en toutes choses les nuances et la vérité : c'est inutile pour exercer une action puissante. Si Voltaire avait été un esprit délicat et dégagé de passions, il aurait aperçu les côtés faibles de sa propre cause ; par moments il aurait eu la tentation d'être de l'avis de ses adversaires. L'homme ardent et absolu dans ses opinions procède avec audace, et le monde lui appartient, car le monde n'avance que par l'impulsion de ces fermes esprits.

Voltaire avait en outre une fureur de dominer le siècle, qui eût fait de lui un Père de l'Eglise ; s'il eût vécu quelques années de plus, et qu'il eût pressenti la politique envahissant tout, il eût mis là toutes ses pensées. Patron de toutes les découvertes, comme de toutes les nouvelles tragédies, il ne s'était attaché à l'école de Locke que parce qu'il savait l'accord universel des intelligences pour rejeter les anciennes idées. Amoureux fou, jusqu'à soixante ans, de la gloriole, méprisant l'homme et étant en coquetterie avec la renommée, il joignait à ces défauts très-français un amour in-

[1] Rivarol.

fatigable de l'humanité. Il tenait aux entrailles de la démocratie, s'enthousiasmait de l'avenir, enviait le sort des jeunes gens qui pourraient assister à l'avénement d'une autre société. Jamais égoïste, sacrifiant, comme on l'a remarqué, son sommeil, ses joies domestiques, au devoir de semer quelques poignées de vérités.

Il fallait bien reconnaître ces traits dans la physionomie de Voltaire, autrement pourrait-on s'expliquer pourquoi il a écrit : « Je me suis fait Perrin Dandin; je ne m'occupe plus que de « procès. » Il n'était plus jeune alors, il n'entendait plus chanter dans son âme les vers de *Zaïre*. Loin de Paris, où toutes les idées s'éparpillaient un peu, où l'on oubliait tout, en s'amusant de tout, il fortifiait ses passions dans la retraite et s'acharnait sur ses sentiments. L'opinion publique était fortement surexcitée par certains procès. Le désaccord entre la loi et les mœurs frappa vivement l'imagination du solitaire de Ferney. C'était le marquis d'Argenson, celui qu'on appelait à Versailles d'Argenson la bête, qui, comprenant le premier tout ce que notre organisation avait d'anormal, avait éclairé les idées confuses encore du patriarche de la philosophie. Il lui communiqua, dès 1735, le manuscrit de ses *Considérations*. Voltaire lui répondait [1] : « Je ne « crains que d'être trop prévenu en faveur d'un ouvrage où je re« trouve la plupart de mes idées. » Comme il était le seul homme positif dans une époque qui en avait le plus vif besoin, il étudia de près la machine sociale. La première anomalie contre laquelle il se heurta fut la vénalité des charges. La nation française était la seule chez qui l'on achetât le droit de juger, et chez qui les avocats ne parvinssent pas à être juges par leur propre mérite. « La fonction divine de rendre la justice, de dis« poser de la fortune et de la vie des hommes, disait Voltaire, « est un métier de famille. » Et le voilà écrivant que cette malheureuse invention ôte l'émulation aux citoyens et prive la royauté de sa plus belle prérogative ! Le voilà s'attaquant avec vigueur à Montesquieu, dont les souvenirs parlementaires avaient amnistié la vénalité des charges de judicature ! *L'Esprit des lois* l'avait, du reste, médiocrement satisfait; il l'appelait un cabinet mal rangé, avec de beaux lustres de cristal de roche. Il

[1] V. correspondance de Voltaire, 21 juin 1739.

trouvait qu'il n'avait remédié et ne remédierait jamais à rien. Etait-ce jalousie ? non ; c'était emportement, vivacité d'imagination. Il refaisait, a dit finement celui qu'il critiquait, il refaisait tous les livres qu'il lisait. C'était aussi impuissance de synthèse, habitude de ne voir et de ne montrer dans la disposition des choses humaines que des traits informes et un mélange confus de couleurs.

Au fait était la devise de Voltaire. Partisan de l'unité, au rebours encore de Montesquieu, il s'indigne contre le fatras de nos différentes coutumes, contre la multitude des édits. « Plût « au ciel que la France manquât absolument de lois, écrit-il à « Dupaty [1], on en ferait de bonnes. » Presque toute notre ancienne jurisprudence lui paraît ridicule, barbare, contradictoire. Il en voit une preuve indubitable dans la multiplicité de nos commentaires. « Si quelqu'un veut se donner la peine de nous re« fondre, dit-il à Elie de Beaumont, ce sera un Prométhée qui « nous apportera le feu céleste. » Dédaigneux du passé jusqu'à l'injustice, ne voyant dans le moyen âge et la féodalité qu'un gouvernement de barbares et de sauvages, *un peu à leur aise*, il parle à ses correspondants le langage que Mirabeau tiendra à la Constituante. Priviléges de masculinité et d'aînesse, banalités, corvées seigneuriales, etc., toutes les exceptions de l'ancien régime passent sous le fouet de sa prose incisive, mordante, inimitable. « Il est un peu fâcheux pour la nature humaine, « écrit-il à M. de Bastide, j'en conviens avec vous, qu'un père « déshérite ses enfants vertueux pour combler de biens un pre« mier né qui souvent le déshonore ; qu'un malheureux qui « fait naufrage ou qui périt de quelque autre façon dans une « terre étrangère laisse au fisc de cet Etat la fortune de ses hé« ritiers. On a presque peine à voir, je l'avoue encore, ceux qui « labourent, dans la disette, ceux qui ne produisent rien, dans le « luxe ; de grands propriétaires qui s'approprient jusqu'à l'oi« seau qui vole et au poisson qui nage ; des vassaux tremblants « qui n'osent délivrer leurs moissons du sanglier qui les dévore ; « le droit du plus fort faisant la loi, non-seulement de peuple à « peuple, mais encore de citoyen à citoyen. »

[1] V. correspondance de Voltaire, 27 mars 1769; à M. Perret, 28 décembre 1771 ; 7 juin 1771, à E. de Beaumont; août 1760, à M. de Bastide.

Cet homme, si humble vis-à-vis de Mme de Pompadour, parce qu'il voulait se réserver le droit de tout dire, soutient, pour l'abolition définitive de la mainmorte et du servage, une lutte opiniâtre, énergique, appelant à lui tous ceux qui, de près ou de loin, pouvaient être utiles à sa cause. Il enrégimente, bon gré mal gré, ses amis sous son drapeau. Comme il avait le don de l'amitié, il en imposait les charges. Il écrit à M. Perret, en 1771 : « Je ne veux ni être serf, ni avoir des serfs. » Il adresse un mémoire au roi pour l'entière abolition de la servitude en France ; il s'établit le défenseur de ses voisins du mont Jura et des dépendants de l'abbaye de Saint-Claude. Il est impossible d'entasser plus d'erreurs que n'en renferme ce dernier plaidoyer. Qu'importe ? il faut frapper, il faut éblouir. Il s'agit bien, en vérité, de faire de la science ! La coutume de Franche-Comté, comme celle de Bourgogne, admettait qu'en plusieurs cas on devînt mainmortable par une espèce de convention. Voltaire écrit un pamphlet *sur l'esclavage imposé à des citoyens par une vieille coutume*. « Etre Français, s'écrie-t-il, c'est être libre ! » Le commentateur Dunod ne trouve pas grâce devant lui. « On a « réformé toutes les coutumes, ajoute-t-il, pourquoi hésiterait-« on de réformer les absurdités des Goths et des Vandales ? Il fal-« lait donc craindre de renverser leurs huttes pour bâtir à la « place des maisons commodes... Les lois et la jurisprudence « sur la mainmorte, nées en même temps que les lois sur la « magie, les sortiléges, doivent finir comme elles. » Et il termine par ces chaleureuses paroles, dont il ne comprit pas toute la portée peut-être : « La France ne connaît pas d'esclaves ; elle « est l'asile et le sanctuaire de la liberté ; c'est là qu'elle est in-« destructible, et que toute liberté perdue retrouve la vie ! »

Il faut créer partout des hommes, des individus ; il faut les dégager de tous les liens antisociaux qui les paralysent ; il faut leur donner le sentiment de la responsabilité humaine. Mais il y a encore un obstacle à vaincre ! Cette société est encore toute théocratique ; elle est encore sous le joug de la législation issue du concile de Trente ; de récentes ordonnances ont même réduit les protestants au *contubernium* des esclaves romains. Il faut émanciper cette société, la rendre laïque ; il faut séparer radicalement la religion et le droit. C'est aussi le rôle de Voltaire. Il appelle de tous ses vœux la création de l'état civil ; il demande

que le mariage, en tant que contrat, les testaments, les inhumations rentrent dans le pur droit civil. Il apprend au pays qu'un cinquième de son territoire est la propriété d'un clergé affranchi de toutes contributions. Il introduit, à défaut de savoir, le sens commun dans la législation future, et il réclame pour les protestants les bénéfices au moins de la loi naturelle. Il n'est pas une amélioration qui n'ait été indiquée par Voltaire, jusqu'aux justices de paix, qu'il avait admirées en Hollande.

Mais il n'était qu'un révolutionnaire. Imbu de la triste morale du siècle, il voyait dans l'homme plus de droits que de devoirs; il avait pour tout idéal d'amener chaque Français à être poli, sans préjugés, et digne d'être collaborateur de l'Encyclopédie. Une transaction avec le passé le révoltait. Comme tout ce qui est grand et haut porte en soi son supplice, il était puni par sa grandeur même de quitter les voies communes. Toujours emporté, et, quoique doué du sens pratique, dénué de la faculté d'application, il oubliait que les idées ne marchent pas comme les divinités d'Homère, qui en trois pas traversent le ciel. Il aurait dû se rappeler qu'il écrivait à son cher d'Argental : « Vous « connaissez trop bien la nature humaine pour ne pas savoir que « nous ne sommes les maîtres de rien. Dites à vos fleurs de s'é- « panouir, à vos blés de germer, ils vous répondront : Attendez ! « cela dépend de la terre et du soleil. » Certes, le soleil était radieux et brûlant; mais la terre, l'âme, on ne la labourait pas. On jetait au vent les semences, et les sillons n'étaient pas creusés.

Une école pourtant essaya de déterminer en quoi consistaient les droits naturels de l'homme dans ses rapports avec ses semblables et l'État. Elle avait remarqué que la pierre fondamentale de toute législation, la propriété, était, aux yeux de la majeure partie des philosophes, y compris Montesquieu, un ouvrage de la société; elle voulut lui donner une base plus libérale et plus vraie [1]. Cette école est celle des physiocrates. Leur philosophie, dont l'économie politique n'était que la principale émanation, reposait sur quelques idées simples, telles que le droit pour chacun d'user à son gré des biens qu'il possède à titre légitime, et de faire tout ce qui ne blesse en rien l'intérêt général, droit im-

[1] V. Passy, *Mémoire sur les physiocrates.*

prescriptible et que les lois écrites n'avaient fait que reconnaître et sanctionner. De cette maxime, qui n'était pas toute neuve, mais que le docteur Quesnay avait largement formulée, deux hommes, Mercier La Rivière et Turgot, tirèrent des conséquences dans l'intérêt de l'humanité.

Le premier, dans son livre de l'*Ordre naturel et essentiel des sociétés*, démontra pleinement la vérité de cette proposition : que jamais il n'a été juste d'attenter à la propriété et à la liberté d'autrui. Le second, qui eût mérité la gloire de sceller les temps anciens aux temps nouveaux, alla plus loin que Quesnay, en inscrivant au préambule d'un édit célèbre ces belles paroles : « Dieu, en don-« nant à l'homme des besoins et en lui rendant nécessaire la « ressource du travail, a fait du droit de travailler la propriété « de tout homme ; et cette propriété est la première, la plus « sacrée et la plus imprescriptible de toutes. »

Ces vérités nous sont aujourd'hui familières ; mais qu'on juge de l'impression profonde qu'elles produisirent au dix-huitième siècle sur les esprits assez ouverts pour les recevoir. Nous sommes loin de la théorie du domaine direct. La source de la propriété pour les physiocrates est la liberté et le travail. Les traditions du peuple essentiellement légiste et propriétaire, le peuple romain, se relient ainsi aux idées modernes.

Jetant les yeux sur les abus qui les entouraient, les physiocrates virent de suite que la meilleure garantie du droit était la reconstitution de la propriété individuelle. C'était relever la personnalité déchue ! Tous leurs efforts tendent là. En faisant de l'agriculture la seule cause de production des richesses, ils attirent l'attention sur le sort misérable des classes rurales. Une erreur économique a donc l'heureux résultat d'amener la critique des divers modes de tenure. La revendication du droit de travailler éclaire aussi sur l'état de la société industrielle et montre que, dans l'industrie comme ailleurs, l'homme n'a encore que des priviléges. L'école physiocratique jette dans le monde cet axiome : qu'il faut laisser à la richesse toute facilité d'emploi et n'apporter aucun obstacle aux échanges. On sait que, sous la pression du droit canon et en mêlant deux ordres de vérités contraires, la doctrine des théologiens sur les prêts d'argent avait été adoptée par les juristes. Les effets en étaient désastreux : outre notre infériorité commerciale, ce système avait amené la

multiplication à l'infini des rentes. Le petit propriétaire était surchargé d'une multitude de servitudes. Turgot, dans un mémoire, distingua très-bien la question de propriété de la question de bienfaisance, le commerce de l'usure, et dégagea le droit de la théologie.

Ayant, plus que Voltaire, l'amour du pauvre, possédés du désir ardent de répandre le bien-être, les économistes développent le salutaire principe de la fraternité humaine. Les droits féodaux, comme tout le passé, sont pour eux l'objet d'un mépris sans bornes; la bigarrure des lois et règlements les révolte. Eux aussi, ils veulent l'unité juridique; ils l'enveloppent dans l'unité administrative. Mais la nouveauté d'une science fait souvent qu'elle dépasse son but, à force de vouloir l'élever; l'excès d'ambition des physiocrates fut nuisible à la perfection de leurs théories : ils crurent avoir trouvé des remèdes pour toutes plaies; ils crurent que leurs maximes pourraient tenir lieu de morale, d'administration et de politique [1]. A l'exception de Turgot, qui fut le héros du sens commun, qui essaya de changer des vues confuses en une science exacte, et ne sépara jamais le droit du devoir, les économistes ne furent pas non plus des gens pratiques; malgré la foule d'idées justes et saines qu'ils mirent en circulation, ils fondèrent sur l'utilité le dogme même de la société, dépouillant ainsi la loi des sentiments généreux qui la spiritualisent et la solidifient.

Il y eut bien, au dix-huitième siècle, d'autres influences et d'autres illustrations; mais elles ne touchèrent pas aussi directement au problème de la constitution civile. Certainement, d'autres hommes remuèrent les idées; car tout ce qui écrivait, jusqu'au plus minime littérateur, écrivait pour la philosophie, et cette philosophie n'était que l'esprit universel de la nation; mais presque tous ces écrivains prennent le besoin de régner sur toutes choses et de les changer à leur gré, pour du dévouement au bonheur de l'humanité et à l'accroissement des lumières. Ce fut une puissante organisation que celle de J.-J. Rousseau; mais il se sépare de tous les novateurs, en visant à une réforme plus politique que civile; il s'adresse à la logique et manque totalement de la connaissance même des hommes; il eût faussé tout le droit

[1] V. *Eloge de Turgot*, par Baudrillart.

avec sa distinction entre l'état social et l'état naturel. Du reste, de son vivant, il ne tourna guère la tête qu'aux femmes ; comme à Montesquieu, il lui fallut la mort pour que la France entrât dans le tourbillon de ses idées ; 89 fit surgir Jean-Jacques, parce que, seul, il était un doctrinaire.

Ce fut aussi une voix bruyante que celle de l'Encyclopédie ; mais on y distingue trop le cri de guerre et de haine. L'Encyclopédie fut plutôt une intention, une machine révolutionnaire, qu'un corps de doctrines sérieusement élaborées. Dans le legs qu'elle a fait à l'avenir, les goûts, les erreurs du moment tiennent trop de place ; jamais il ne fut plus nécessaire, dans cet amas de pensées hétérogènes et matérialistes, de séparer l'âme et le corps, ce qui meurt et ce qui vit. Pouvaient-ils avoir une influence sérieuse sur le droit, ceux-là trop nombreux, hélas ! qui cherchaient à fonder la morale sur un fait commun à toute la nature animale, le besoin de la conservation et du bien-être ?

Sans doute les plus belles intelligences furent plus ou moins baignées dans l'atmosphère viciée du siècle ! sans doute, nous sommes loin de ces grandes âmes du seizième siècle, objet éternel de notre enthousiasme, royales natures, entrant profondément dans la vie, toujours faisant abnégation d'elles-mêmes, et portant dans la lutte ce sentiment chrétien dont le rayon n'a pas illuminé les fronts de Montesquieu et de Voltaire. Cependant tous ces hommes marchent sous la même bannière. Au-dessus du grand règne, les légistes de la réforme et les philosophes de la révolution se tendent la main ; ils ont la même haine du moyen âge, le même souci de l'individualité humaine et de l'égalité civile. Dans tous, l'idée d'unité tient plus de place que celle de conciliation ; ils sont plus choqués par le disparate que par l'anormal, de même qu'en politique, plus par l'inégalité que par l'arbitraire. Au fond, c'est bien toujours ce même esprit absolu, logique, attiré vers les théories générales et les systèmes complets, voulant reconstruire à neuf, au lieu de chercher à amender par parties.

III.

Que fit la royauté ? Dans quelle mesure le gouvernement accueillit-il les aspirations et les critiques ? Tout le dix-hui-

tième siècle, à ce point de vue, est dans deux hommes d'une supériorité très-inégale, d'Aguesseau et Turgot. Le premier n'a pas de synthèse; la métaphysique du droit, les principes ne le guident pas. Il croit, il est vrai, à un certain instinct de justice, qui n'est ni l'intérêt, ni l'utilité, et, en cela, il possède une supériorité morale sur la plupart des philosophes de son temps; mais comment y croit-il? Parce que Platon et Cicéron l'enseignent, et non par l'initiation d'un cœur élevé. Une couche accumulée de connaissances avait recouvert la nature chez d'Aguesseau. Son esprit eût-il été original, son caractère eût été un plus invincible obstacle. Une réforme un peu décisive, modifiant profondément la condition des choses et celle des personnes, l'aurait effrayé. Attacher sa responsabilité à une sérieuse innovation, c'était trop pour le circonspect chancelier. C'est bien là l'orateur aux périodes académiques, fadement élégantes et monotones, tant le nerf et la passion sont absents! Législateur, il ne changea que des formes. Il se contenta de décorer l'édifice lorsqu'il fallait toucher aux fondements; mais l'état social admis, il a fait tout ce qu'il était possible de faire [1]. « Il serait non-seule-« ment très-difficile, dit-il, mais entièrement injuste de vouloir « réduire toutes les coutumes à une seule, dans ce qui regarde « les droits seigneuriaux : on exciterait par là un murmure uni-« versel parmi la noblesse. » Et, en 1730, il écrit au premier président du Parlement d'Aix : « L'abrogation entière de tout « fidéicommis serait peut-être, comme vous le pensez, la meil-« leure des lois, et il pourrait y avoir des voies plus simples pour « conserver dans les grandes maisons ce qui suffirait à en sou-« tenir l'éclat; mais j'ai peur que, pour y parvenir, il ne fallût « commencer par réformer les têtes, et ce serait l'entreprise « d'une tête qui aurait elle-même besoin de réforme. »

Nous savons donc qu'avec d'Aguesseau un large tribut sera payé aux nécessités présentes. Ce qui frappa surtout cette intelligence, imbue plus qu'une autre de l'essence des lois romaines, ce fut la diversité de jurisprudence [2] des Parlements. Cet abus lui paraissait résister à la nature même de la justice. Il en résultait, d'ailleurs, un immense inconvénient : la multitude de

[1] V. *Œuvres de d'Aguesseau* : Mémoire sur la réformation.
[2] V. Laferrière, *Histoire du droit.*

demandes en règlement de juges ou d'évocation. Les plaideurs voulaient à tout prix éviter le Parlement, qui avait une manière de voir opposée à leurs prétentions. Cette variété de jurisprudence avait sa première origine dans l'opposition du droit romain et du droit coutumier qui se divisaient la France. La difficulté d'accorder l'un avec l'autre était réelle. En sorte que non-seulement les différents tribunaux jugeaient différemment des questions entièrement semblables; mais, devant le même tribunal, ces questions n'étaient pas toujours décidées de la même manière.

D'Aguesseau, en présence de cette division juridique, ne chercha pas à la faire cesser. Il généralisa dans chacune des zones, en ménageant les idées contraires : quand cela se pouvait seulement, il faisait prédominer l'esprit de la législation romaine. Ayant préparé, dans ce système, tout un corps de lois, il avait adressé une série de questions aux Parlements, consultant l'expérience de tous, aussi bien que le savoir des Furgole et des Pothier. Nous avons cette précieuse correspondance, qui est pour nous une sorte d'*exposé des motifs*. C'était un hommage rendu à une divinité récente, l'opinion publique.

En 1729 [1], dans le préambule de l'ordonnance abolissant l'édit de Saint-Maur, d'Aguesseau avait annoncé ses projets. On sait que, profitant de la réaction aristocratique et ultramontaine de la fin du seizième siècle, la noblesse avait obtenu de Charles IX que les mères seraient privées du droit de succéder aux biens paternels de leurs enfants et demeureraient réduites à l'usufruit de la moitié. Les Parlements de droit écrit avaient protesté. Henri III crut pouvoir mettre un terme au différend par une déclaration de 1575; mais cette déclaration, adressée au seul Parlement de Provence, fut bientôt suivie de lettres patentes qui défendaient d'y avoir égard. D'Aguesseau fut surtout frappé de la confusion qu'on avait faite du droit français et du droit romain. Il abrogea donc l'édit de Saint-Maur, plutôt pour satisfaire ses goûts d'uniformité que pour porter atteinte aux priviléges de l'aristocratie. Les substitutions, les droits de retour, les précautions et les peines établies contre les deuxièmes noces, lui paraissaient des moyens plus que suffisants pour prévenir la destruction des familles ou la dissipation de leur patrimoine.

[1] V. ordonnance de 1729, *Recueil*.

Encouragé par ce premier succès, il voulut donner les prémices du plan qu'il s'était proposé. Il publia, en 1731, son ordonnance sur les donations. C'était une matière qui, par sa simplicité, par le peu d'opposition qui s'y trouve entre les principes des deux droits, lui avait paru propre à fournir le premier exemple d'uniformité. Six objets principaux attirent son attention : la forme extérieure, l'acceptation expresse, le dessaisissement, l'insinuation, le retranchement en faveur de la légitime, la révocation pour survenance d'enfant. Soit qu'il prescrive l'authenticité de l'acte, soit que, par crainte de captations, il annule, dans les pays des coutumes, les donations *in extremis*[1]; soit qu'il décide que les femmes mariées ne peuvent accepter de donations entre vifs sans autorisation, d'Aguesseau n'innove pas et ne touche pas au fond des choses. Il respecte les principes différents du nord et du midi. En défendant les donations de biens à venir et en assimilant la tradition feinte à la tradition réelle, il consacrait une des conquêtes des légistes sur la loi féodale, tout imbue de la prédominance de la terre sur l'homme. La nécessité de favoriser les unions légitimes, en présence du relâchement des mœurs, le conduisait à affranchir de l'insinuation les donations faites dans les contrats de mariage, en ligne directe, et les *augmens et gains de noces*. Elle lui faisait admettre également la révocation de plein droit pour survenance d'enfant, sans même que la donation pût revivre par la mort. Les idées modernes, se glissant par un coin, le poussaient à effacer toute distinction entre les donations pour causes pies, et celles mutuelles ou rémunératoires.

C'était bien peu de chose que cette tentative de réformation. Cependant il fallut rassurer toutes les susceptibilités parlementaires, écrire suivant l'occurrence qu'on avait suivi et respecté les principes les plus solides[2]. La magistrature ne partageait pas l'entraînement vers l'unité. Le chancelier continua timidement son œuvre. Quelque ordonnée et classée qu'elle fût dans son esprit, elle ne nous paraît pas, dans ses essais de réalisation, suivre une logique quelconque. Un choix seulement est fait entre les matières du droit civil susceptibles d'être généralisées. Les personnes sont mises de côté; les habitudes sociales sont trop puis-

[1] V. ordonnance de 1731.

[2] V. correspondance de d'Aguesseau, *Œuvres complètes*.

santes. Une seule fois d'Aguesseau s'attaque aux tutelles ; mais immédiatement se présentaient à lui l'autorité romaine du père de famille, implantée par les ordonnances du dix-septième siècle, et les institutions nées de la féodalité, garde noble, garde bourgeoise : il écarta ces questions compromettantes et se contenta de rendre un édit particulier pour la Bretagne (1732).

Il revint directement à son but circonscrit dans une matière difficile et importante, les testaments. C'était là surtout que l'opposition entre les deux droits était flagrante : l'un toujours favorable à la liberté indéfinie des testateurs, l'autre qui semble n'avoir travaillé qu'à restreindre et à limiter leur pouvoir[1]. Comment concilier, dans les pays coutumiers, les variations infinies sur la qualité des biens, sur la quotité disponible ? D'Aguesseau ne l'essaya même pas. Selon la situation des biens, il régla les formalités et l'effet des institutions, s'attachant à diminuer les conflits d'opinions et à fermer la carrière des controverses.

Son manque absolu de hardiesse se montre plus ouvertement lorsqu'il touche à une des pierres fondamentales de la société aristocratique, aux substitutions. C'était comme un nouveau genre de succession où la volonté de l'homme prenait la place de la loi. Le chancelier ne vit que le nombre de difficultés s'élevant chaque jour sur l'interprétation de la volonté du donateur ou testateur, ou sur la composition de son patrimoine. Il n'envisagea que les différentes *détractions* dont les fidéicommis étaient susceptibles, que les recours subsidiaires des femmes sur les biens grevés. De plus, la nécessité d'assurer le commerce avait forcé d'établir la publicité des substitutions. La négligence de cette formalité était devenue une nouvelle source de contestations ; les suffrages des juges étaient suspendus entre la faveur d'un créancier, d'un acquéreur de bonne foi, et celle d'un substitué[2]. Ces causes réunies émurent la sollicitude de d'Aguesseau. Loin de vouloir porter atteinte à la liberté des substitutions, il se proposa de les rendre plus utiles aux familles. Il obligea les donateurs et testateurs à s'expliquer d'une manière plus expresse. Comme il n'y avait pas de diversités, il établit

[1] V. l'ordonnance de 1735, surtout le préambule.
[2] Ordonnance de 1747.

des dispositions uniformes. Rappelant, avec l'ordonnance de Moulins et la déclaration de 1712, la nécessité de la publication et de l'enregistrement, il exigea de plus que les grevés, sous peine de nullité, rapportassent une ordonnance de *mise en possession*. C'était peu, sans doute; mais il faut pourtant savoir gré au chancelier d'avoir pensé à restreindre un privilége.

Si nous continuons de parcourir sa carrière de législateur, nous ne trouvons plus que des ordonnances ayant pour objet de régler la forme des actes ou des procédures; nous citerons la déclaration du 5 février 1731, qui limite la juridiction des prévôtés et des présidiaux, celle du 9 août 1736 et du 17 août 1737 sur les formalités des registres de l'état civil, celle de juillet 1737 en matière de faux, et le règlement de 1738, qui fixe la procédure à suivre devant le Conseil du roi. La pensée de simplification et d'uniformité reprend ici toute son action.

Une autre époque eût été fière de pareils travaux; mais au milieu du dix-huitième siècle, on peut être exigeant. La philosophie ne se contentait pas de l'importation de la méthode et de la clarté des lois, de l'uniformité dans la jurisprudence. L'individualité se dégageait-elle? La propriété, le travail, étaient-ils un peu affranchis? Avait-on élevé cette société basée sur l'exception au niveau des idées? L'obstacle était immense. Féodalité civile, féodalité financière, féodalité administrative, se serraient pour la résistance. Avait-on au moins engagé le combat? D'Aguesseau aurait traversé les idées de son temps sans en être imprégné, s'il ne s'était occupé de l'accroissement des propriétés du clergé. Une très-grande partie des terres du royaume lui appartenait et n'était plus dans le commerce. En dehors de la foi, de la faiblesse ou de l'orgueil humain, d'autres causes avaient augmenté de pareilles acquisitions : créanciers d'une multitude de rentes, les gens de mainmorte, soit par la négligence du débiteur à acquitter les arrérages, soit par les changements survenus dans sa fortune, étaient devenus propriétaires des fonds sur lesquels les rentes étaient constituées. Ils s'étaient, en outre, servis de la voie du *retrait féodal* pour réunir à leur domaine les fiefs vendus dans leur mouvance. Montesquieu, Voltaire, tous les physiocrates dénonçaient cette absorption des forces vitales du pays. D'Aguesseau, dans la dernière ordonnance (août 1749)[1]

[1] V. le préambule de l'ordonnance.

qu'il rendit, rétablit les droits de la société, en face de l'avidité des corporations religieuses. Il soumit à une autorisation préalable la fondation de leurs établissements et leurs futures acquisitions. Dès 1731, il avait fait preuve de chrétien éclairé enassurant, par une déclaration *sur les curés primitifs et les vicaires perpétuels*, la subsistance à la partie plébéienne du clergé.

Le siècle marchait. Il fallait un législateur. On l'eût rencontré, si la science unie à un esprit juste et à un cœur honnête eût suffi. Pothier était à Orléans. Mais que pouvait créer cette intelligence timide et dénuée d'élévation, ce lecteur assidu de Nicole, casuiste et timoré comme lui, grand jurisconsulte, il est vrai, mais ne regardant que vers le passé? Sa destinée fut de rendre sobre et méthodique une science encombrée et diffuse, d'assimiler et de fondre, avec un talent de premier ordre, les deux éléments romain et coutumier, d'éclairer les plus redoutables profondeurs du droit par une lumière facile, de résumer les travaux des vieux juristes en effaçant, ne l'oublions pas, leur énergie, leur originalité, leur pénétration. Sans doute, en donnant de plus en plus dans ses livres, comme d'Aguesseau, la supériorité à la législation romaine, Pothier servait en un point la cause du progrès ; le principe de l'égalité se trouvait dans les *Pandectes*, plus que dans notre droit aristocratique et féodal. Mais ce pas, fait sans le vouloir, était-il suffisant? Je ne veux point déprécier notre plus illustre commentateur, puisque le Code civil n'est souvent qu'une rénovation claire et raisonnée de l'ancienne jurisprudence ; mais sachons que deux souffles ont passé largement sur le paralytique et lui ont communiqué une vie durable : nous parlons du droit naturel et de l'égalité. C'est l'incubation de ces éléments révolutionnaires que nous étudions.

On put croire que l'homme de génie avait paru, lorsque Turgot entra aux affaires. Il était un des rares politiques du siècle qui, jugeant sainement des choses, n'avaient pas en eux du Maurepas. Il était soucieux de l'amélioration de l'espèce humaine dans l'avenir. Le bonheur du peuple, tel fut son but. Ses plans pour y atteindre étaient si vastes, que la révolution seule put les effectuer. Quoiqu'il ne fût pas un juriste, il vit mieux que personne que l'obstacle au développement du droit étaient les lois féodales. Il sentit, comme Sully et Colbert, que toute la passion des classes souffrantes était de devenir propriétaires, et cette pas-

sion était un des caractères de notre civilisation. Il n'avait aucune des idées fausses de son temps sur l'origine de la propriété. Arracher toutes les entraves qui empêchaient de travailler et d'acquérir, faciliter à l'être humain la conquête de la personnalité, fut la raison dominante de l'administration de Turgot. La liberté du commerce des grains, l'abolition des maîtrises et des jurandes servirent d'assises à sa reconstitution. Les idées vont enfin passer dans les faits. Mais arrivé aux droits féodaux, le grand ministre comprit qu'il était impossible d'y toucher sans attenter positivement à la constitution de l'État. Deux voies seules pouvaient conduire à leur abolition, l'abdication volontaire de la noblesse ou la révolution.

La première transformation qui avait changé les serfs en censitaires n'était pas même complétement achevée. Il y avait encore des mainmortables. Turgot, en bon citoyen, tenta la politique du désistement et du remboursement. Comme pression, il appela à lui l'opinion publique. Il fit attaquer officiellement les droits féodaux par Boncerf, et poussa la royauté à donner l'exemple aux courtisans. Le vieil organisme social se roidit dans cette suprême et avant-dernière heure. Les essais de réforme furent noblement mais inutilement tentés. Par la faute du temps, tout fut stérile; on ne comprenait pas encore; la cognée avait été mise à la racine de l'arbre; il fallait la Constituante pour frapper. Néanmoins Turgot a trouvé grâce devant l'avenir, quoiqu'il n'ait pas réussi. C'est une exception. Nous ne voyons ordinairement d'estimés par l'histoire que les enfants de la fortune.

Turgot descend du pouvoir en 1776, repoussé par les talons rouges et les bonnets carrés ; mais l'impulsion qu'il a donnée est vive. Le char roule dans la plaine, aux acclamations du vieux Voltaire. En 1779, tous les droits de banalités, de péage, de marché, de service personnel sont supprimés dans toutes les terres du domaine royal. En même temps, le roi s'engage à remettre aux seigneurs qui abandonneraient leurs priviléges ceux de même nature qu'il avait lui-même sur eux. Des facilités nouvelles sont données pour le rachat et la conversion des droits, et un fonds annuel est réservé sur le Trésor pour appuyer ce mouvement.

En même temps[1], on voit de tous côtés s'établir des règle-

[1] Édits de mars 1769, août 1775, février 1779.

ments pour le défrichement des landes, des marais, pour le partage des communaux, pour les suppressions des parcours[1]. Les seigneurs font des traités avec les paroisses pour la distinction de leurs droits réciproques sur les terres communales ; des procès infinis interviennent entre eux pour la fixation du triage[2] ; on sollicite la révision des coutumes qui s'opposent à l'aliénation des propres. La propriété ne se morcelle pas seulement, elle essaye de se constituer tant bien que mal. La *censive* tend à revêtir tout à fait le caractère du *dominium*. On se convainc partout que le sentiment de la propriété libre est seul capable d'inspirer l'énergie du travail et de relever l'industrie languissante. Le désir de raffermir le crédit, de faciliter les ventes et les échanges, amenait presque à la publicité des hypothèques. Des motifs étroits et les mêmes préjugés qui avaient assailli l'édit de Colbert (1673) avaient empêché d'Aguesseau de toucher à la législation hypothécaire. Les acquéreurs n'étaient pas encore sauvegardés. L'édit de juin 1771 eut pour but de faire revivre en partie celui de 1673. Il substitua à la formalité des décrets *volontaires*, qui souvent absorbaient le prix des immeubles, *les lettres de ratification* qui purgeaient, s'il n'y avait pas d'opposition dans un délai fixé ; on n'exceptait pas même de cette obligation les femmes, les mineurs et les interdits pour leur hypothèque légale. Bien que la publicité ne fût atteinte qu'en partie par cette loi, les craintes d'éviction diminuaient et la propriété était plus assurée.

C'était encore à Turgot qu'on devait l'extension des baux à ferme[3]. Le métayage occupait au dernier siècle les cinq sixièmes du sol. S'il sauvegardait la prépondérance de l'aristocratie dans les campagnes, il était fatal aux cultivateurs. Il fallait favoriser la transformation des métairies en fermes. On diminuait ainsi dans les provinces la puissance des classes supérieures. Les édits entrent dans cette voie : une prime est accordée aux fermiers qui améliorent le sol ; on exempte de divers droits les baux d'une durée de neuf à vingt-sept ans, s'ils imposent la charge de faire des défrichements, des marnages ou des plantations.

[1] V. Doniol, *Histoire des classes rurales*, in fine.

[2] Les tribunaux royaux avaient établi en principe que le tiers de la totalité de la vaine pâture serait au seigneur (édit de 1667).

[3] V. Dareste de La Chavanne, *Histoire des classes agricoles*.

Tandis que ces encouragements permettent à un certain nombre de paysans de participer à la vie civile[1]; dans les villes, la facilité des relations, l'urbanité font disparaître peu à peu le rigorisme des ordonnances de Louis XIV sur l'autorité paternelle. Enfin, à mesure qu'on descend le cours du siècle, on voit s'accroître le nombre des déclarations du roi, des arrêts du Conseil qui appliquent les mêmes règles de la même manière. Il n'est pas jusqu'au droit des gens qui ne prenne part au mouvement. La philosophie, en couvrant l'Europe des opinions françaises, veut accorder le plus possible aux étrangers en France les bienfaits de la loi naturelle. Le droit d'aubaine est aboli avec les sujets des différents États limitrophes.

Pendant ce temps, que pensaient les Parlements? Quelle attitude prenaient les légistes de toute école dans cette bataille, où le présent et l'avenir se virent si près face à face? Les Parlements ne comprenaient guère qu'on voulût le bien public par d'autres moyens que les leurs. Vis-à-vis des théories novatrices, ils n'avaient que des haines ou des préventions. Aspirant à rompre par le fracas des affaires publiques la monotonie des fonctions judiciaires, ils remplaçaient l'honneur de faire le bien par le plaisir de faire le bruit. Les successeurs des Talon et des Molé[2] n'avaient plus de confiance dans le dogme usé de la sainteté des ordonnances érigées par l'enregistrement en lois du royaume. Ils s'étaient aperçus aussi que la nation avait perdu toute foi dans ces formules et qu'elle concevait d'autres principes que la souveraineté illimitée du prince tuteur et curateur universel des personnes et des biens. Individuellement éclairés et humains, ils étaient, en corps, odieux et pleins de préjugés. Risée de l'Europe, ils avaient fait du jansénisme quelque chose de déplorable et de grotesque, où tout était dégénéré, où l'on ne trouvait plus que de l'opiniâtreté sans talent. Port-Royal eût eu de la peine à reconnaître ses enfants dans ces sectaires qui devenaient persécuteurs pour avoir l'air d'être chrétiens ; ni fanatiques, ni cruels au fond, mais moralistes pédants par-dessus tout. Leur faux jansénisme les conduisait, à force de subtilités, à déraciner toute loi naturelle, et à ne pas admettre un droit commun entre catholique et protestant.

[1] V. édits du 16 juin 1776, du 11 juin 1779.

[2] V. Lemontey et les *Mémoires* du baron de Besenval.

Ils avaient emprunté à leur temps plus d'un vice. Les jugements des Parlements étaient soumis à la protection ou à la faveur; à plus forte raison, devait-on craindre d'avoir des litiges d'intérêt avec un de leurs membres : il était impossible de trouver un seul huissier qui se chargeât de lui porter une assignation; toutefois, les Cours de justice rejetaient toujours la mouvance directe du roi, tant était grande sur leur esprit l'influence de la propriété romaine!

Les jeunes générations poussaient par l'épaule ces vieux parlementaires qui parlaient encore d'enregistrement d'édits, de lits de justice, de la bulle *Unigenitus*. Quoiqu'ils fussent dans la nuit, l'aube nouvelle, en s'irradiant, projetait devant eux des rayons; quelques magistrats en furent éblouis : on s'étonne qu'il y en ait eu si peu; l'appât de la renommée aurait dû suffire, ce nous semble, pour les attirer. A peine un gage de sympathie avait-il été donné aux idées modernes, que l'école philosophique portait aux nues l'initié inespéré, et Voltaire se chargeait d'annoncer au monde qu'un autre Cicéron siégeait au Parlement.

Qui ne connaît les noms de Dupaty, de Servan, de Loiseau, de Mauléon, d'Elie de Beaumont? Avocats ou magistrats, ils tentèrent d'introduire dans les discussions judiciaires un courant régénérateur. Servan, notamment, au nom de la justice et de la tolérance, réclama pour les protestants les bénéfices de la pudeur et des mœurs; mais il était plus philosophe que jurisconsulte. Elie de Beaumont, frappé de la dépopulation et du relâchement des liens de famille, ne trouvait d'autre remède que d'accorder aux pères une sorte de douaire [1]. Le premier adversaire de Mirabeau, se mettant en contradiction avec ce qu'il devait accomplir plus tard, Portalis, combattait l'idée que l'uniformité de législation fût nécessairement un bien [2]. Il considérait la France comme devant être une fédération de petits États, plutôt unis que confondus, avec leur législation propre et indépendante. Les lieux communs, les sophismes, les ignorances les plus grossières, infestaient l'école et le barreau; de sorte qu'à toutes les causes s'opposant au renouvellement de l'ensemble du droit, on peut certainement joindre le défaut d'études sérieuses. C'est le temps

[1] V. un curieux discours d'Elie de Beaumont à l'Académie de Caen sur les moyens d'avancer la population.

[2] Portalis, *Remontrances sur les édits Maupeou*.

des dictionnaires d'arrêts, des encyclopédies, des répertoires ; la méthode inspire ces travaux, mais les erreurs historiques y abondent.

C'est même un changement absolu qui se signale dans les notions les plus simples et jusqu'alors admises sans débats. On connaît la lutte qu'élevèrent, sur l'origine de nos institutions, les systèmes opposés de Dubos, de Mably, de Boulainvilliers. La théorie qui présentait tous les Gallo-Romains comme ayant subi la conquête prévalut auprès des jurisconsultes. Par voie de conséquence, ils arrivèrent à considérer tous les droits seigneuriaux comme les conditions justes et légitimes d'un affranchissement spontané. Le savant de nos jours qui a creusé le plus son sillon dans les landes de la féodalité, M. Championnière, l'a remarqué avec raison [1].

Les feudistes commencèrent par relever dans l'estime publique le droit de banalité. Conduits par cet argument irréfutable qu'il est plus juste de présumer le bien que le mal [2], ils affirmèrent que les banalités s'étaient établies par une espèce de convention entre seigneurs et sujets. Ceux-ci ne pouvant ou ne voulant pas faire la dépense de bâtir des moulins, des fours et des pressoirs, ceux-là offrirent d'en construire de communs, mais avec un privilége exclusif. Des banalités, le système fut étendu aux corvées, aux tailles, aux droits de giste, de post, de guet, de garde, etc. C'étaient autant de conditions de liberté, autant de légitimes obligations. Plus d'oppressions, plus de ces longs gémissements qui avaient empli de leurs échos dix siècles. Le moyen âge est métamorphosé en une bienheureuse Arcadie peuplée de bergers et de bergères dignes du pinceau de Watteau et de Boucher.

Les domanistes, les gens du roi, accoururent en aide aux feudistes; suivant eux, toutes les terres du royaume ont appartenu au souverain, qui les a cédées aux seigneurs. Ceux-ci ont alors appelé des cultivateurs dans leurs concessions ; de là, assujettissement naturel des colons qui se présentèrent, envers leurs bienfaiteurs. Plus d'exaction qui ne soit légitimée : le domaine veut-il faire payer une redevance annuelle aux nobles, possesseurs de moulins dans les provinces de Flandre, d'Artois, de Hainaut?

[1] V. Championnière, *Traité des eaux courantes.*
[2] V. Poquet de Livonière, *Traité des fiefs.*

Veut-il imposer le droit de franc-fief à tout roturier ayant colombier[1]? Immédiatement le commissaire du roi bâtit une théorie mensongère : c'est le souverain qui a élevé, à ses frais, fours et moulins, ce qui lui a coûté considérablement, ajoute-t-il ; nos rois en ont seuls joui jusqu'à l'usurpation que les hauts seigneurs firent de la propriété des fiefs : voilà la fable. S'agit-il de préciser la nature et la source du droit de chasse? Mêmes efforts d'imagination. On suppose ce haut justicier propriétaire de toutes les bêtes sauvages réfugiées sur son territoire, et on oublie que la loi attribue principalement le droit de chasse au seigneur du fief. Il serait inutile de pousser plus loin nos citations, si nous ne trouvions l'éloge complet de la mainmorte dans la bouche d'un magistrat illustre, érudit, unissant, comme au seizième siècle, l'amour de son état au culte de l'antiquité, le président Bouhier. Le commentateur de la coutume de Bourgogne représente les mainmortables uniquement occupés de l'agriculture et attachés à leur ouvrage, ne se fatiguant pas en procès, ne songeant qu'à faire fructifier la terre et à multiplier les citoyens ; et, grisé par le tableau qu'il vient de faire, il entonne, en vrai Bourguignon, le cantique virgilien : *O fortunatos nimium, sua si bona norint!*

Et dire que ces étrangetés s'écrivaient à la fin du dix-huitième siècle! Dire que c'étaient les continuateurs de Dumoulin et de Loiseau, qui travestissaient ainsi le droit! Dire qu'on faisait un paradis terrestre des campagnes, au moment où, selon l'expression énergique d'un Anglais, elles allaient devenir une garenne de pauvres! Nous avons eu raison de l'énoncer ailleurs, et nous le répétons ici : les légistes n'étaient plus dans le courant des idées et des besoins de leur temps. Ils méritaient que le sceptre avec lequel ils avaient régenté le pays leur tombât des mains. Quelles variations s'étaient opérées en eux? Ils étaient devenus presque partout possesseurs de fiefs et de censives, acquéreurs de redevances féodales et de mainmorte, propriétaires ou officiers de justices seigneuriales ; et, il faut le reconnaître, le vilain avait plus perdu que gagné à passer des mains d'un seigneur noble de race dans celles d'un bourgeois anobli.

[1] V. Lapoix de Fréminville, *Pratique des droits seigneuriaux* ; Henrion de Pansey, *Dissertations féodales* ; Bouhier, *Coutumes de Bourgogne*, t. II.

La tradition était perdue de cette école historique et philosophique que Montesquieu avait inaugurée. Un jeune homme essaya de la continuer, et certes celui-là n'était pas propriétaire de redevances féodales; il n'avait au monde que deux choses : le sentiment de son infériorité et de l'indifférence publique, et la protection de Denis Diderot. C'était Chabrit, celui que M. Laboulaye, dans une admirable préface, a sympathiquement appelé le pauvre Chabrit[1]. Effrayé du nombre de ces diverses législations qui s'étaient, comme autant de couches, superposées sur notre sol; préoccupé de cette infinité de lois qui, sans se détruire, s'étaient affaiblies et obscurcies mutuellement, il essaya de fixer les notions principales, de retirer les textes importants de la confusion où ils se trouvaient dans les recueils, de les lier ensemble dans une langue précise et énergique, enfin, de faire entrer les lois dans la philosophie[2].

Il voulut trop abréger et trop approfondir, et l'intelligence a de la peine à se reposer sur ces chapitres de trois ou quatre phrases, sur ces phrases de trois ou quatre mots. Le traité de Chabrit sur *la Monarchie française et ses lois* n'est, comme le remarque un maître, qu'une esquisse bien indiquée; avec de l'étude et du courage, il eût construit un monument. Un opuscule, *Du Luxe de la Limagne*, 1779, prouve que Chabrit se reliait aux physiocrates et comprenait tous les besoins de ses contemporains; s'il eût vécu quelques années encore, il eût siégé à la Constituante, entre Duport et Barnave; mais, sans espérances, sans ressources, le cœur fier, il hâta la fin de sa vie, laissant une œuvre inachevée et commençant la liste des suicidés immortels[3].

Cependant dix années s'étaient écoulées depuis Turgot; les réformes pratiquées ne faisaient que rendre ce qui restait du passé plus insupportable encore. Le public, à table depuis quatre-vingts ans, demandait, vers la fin du repas, des vins du Cap et de la mauvaise eau-de-vie[4]. Il était devenu immense le nombre de ceux qui, pour toute autorité, avaient leur hardiesse, et, pour

[1] V. *De la propriété*, par M. Laboulaye.

[2] V. *Introduction au traité de la monarchie française et de ses lois*, par Chabrit, 1783.

[3] On peut consulter une notice de M. H. Doniol sur Chabrit, *Tablettes d'Auvergne*.

[4] Correspondance de Voltaire, 1773, à d'Argental.

toute science, leurs décisions précipitées. On s'accoutumait à regarder comme préjugé tout ce qui était admis. Dès qu'un auteur avait produit une idée neuve, elle était aussitôt reçue comme vraie ; la nouveauté seule était le passe-port. Refaire le cœur humain, telle était la prétention exorbitante de cette école finale du siècle.

De son côté, la nation en masse était pleine d'illusions, en proie aux théories illimitées, surtout enivrée par ses conducteurs. Les âmes ne trouvaient plus de ces moments tranquilles où elles se rendent, pour ainsi dire, compte à elles-mêmes, et s'écoutent dans le silence des passions. Les passions! En se multipliant, elles s'étaient amincies comme le métal brillant et ductile étendu sur des surfaces. Le développement excessif de la sociabilité s'était opéré aux dépens de la famille et des rapports solides et nécessaires. Ouvrez les livres, les journaux, les mémoires, on n'entend parler alors que de suppositions d'enfants ; les tribunaux ne retentissent que de procès de substitution d'état.

Mais, a dit M. Michelet, nous avons le privilége d'entrer dans le vice sans nous y perdre, sans que le sens se déprave. Il y avait des ressources dans cette corruption ardente. Le siècle, arrivé à cet apogée de qualités et de défauts, n'offrait pas moins le singulier spectacle d'une société supérieure à ses lois, les jugeant, les critiquant hautement. Comme les institutions, les lois n'allaient que par habitude. La philosophie avait réussi à les isoler, à ne leur laisser que le corps en leur ôtant la vie. La noblesse avait perdu toute foi dans ses priviléges ; elle avait trop vécu avec les hommes de lettres; ses protégés et ses commensaux l'avaient mise, malgré elle, sur le chemin de l'égalité civile. Par vanité pourtant, elle n'avait pas voulu, lors de l'édit de 1779, entendre l'appel de Louis XVI et s'était redressée fièrement. Légèreté et témérité, inconsistance et inconséquence! On était encore ébloui par la force extérieure du vieux monde ; on se détruisait pour se parer ; on s'épuisait à dorer une idole dont les pieds étaient d'argile, et on appelait se soutenir que d'achever de se perdre.

La tentative de réorganisation de la justice par Maupeou et le garde des sceaux Lamoignon était bien conçue sur un plan uniforme et d'après la pensée d'une législation homogène ; mais les auteurs de ce plan avaient moins songé à l'ordre judiciaire et à la

justice en elle-même qu'aux conséquences politiques de cette mesure. La magistrature bâtarde, élevée sur les ruines des anciens Parlements, était, du reste, aussitôt renversée. Un procès dont le début fut grotesque et le retentissement sérieux, celui de Beaumarchais, lui donnait le coup de grâce. L'alliance des garanties judiciaires et des libertés civiles se marquait là pour la première fois, et prouvait combien la situation de la France s'était agrandie. Les mystères dont s'enveloppaient encore les procédures, les mille secrets du greffe, étaient mis au jour, et percés de part en part par cette implacable moquerie.

Un homme de bien, M. de Malesherbes, signalait les derniers jours de la monarchie par une tardive réparation. Les protestants que, quarante ans auparavant, on brûlait encore pour avoir assisté aux prédications du désert, étaient rappelés à la jouissance des droits civils. C'était un acheminement vers l'émancipation de la société laïque. Mais restaient toujours les droits seigneuriaux; restait toujours la mainmorte avec le privilége de poursuite qui y était attaché. C'était la base de la hiérarchie des personnes; l'individu, le propriétaire, l'homme complet ne pouvait prendre place au soleil, tant que le sol ne serait pas nettoyé de ces mille charges qui le stérilisaient. Restait encore cette diversité de législation qui épuisait, dans une foule de rameaux, la séve juridique. Nobles et magistrats auraient-ils ouvert les yeux à la lumière? Auraient-ils, à un moment donné, reconstruit eux-mêmes la cité nouvelle et le droit personnel? A quoi bon, en présence du brusque dénoûment, discuter des probabilités? Dieu voulait nous faire marcher dans des chemins rudes, à coups de foudre. Comme Adam, après son péché, nous nous avancions sur une terre inconnue; le monde était devant nous!

IV.

Ce fut l'Assemblée constituante qui réalisa dans les lois le progrès opéré dans les idées. Elle est la fille de la bonne philosophie du dix-huitième siècle : la Convention ne représente que la mauvaise. Qu'on n'attende pas ici l'énumération exacte des bienfaits dont nous dotèrent les législateurs de 89; nous voulons seulement indiquer sur quelles données on renouvela en France les lois civiles, rappeler quelles maximes inspirèrent ce chan-

gement extraordinaire, le plus intense, le plus complet qui fut jamais. Ce fut la philosophie, mais la philosophie élargie, christianisée dans cette grande réunion de cœurs d'élite et d'intelligences de bonne foi, qui formula le symbole de la société moderne. Par la déclaration des *droits de l'homme*, elle commença par relever définitivement l'individu vis-à-vis de lui-même et vis-à-vis de ses semblables. A proprement parler, toutes les réformes ne furent que la conséquence de l'égalité inscrite au frontispice de la Constitution. Mais, pour arriver à donner à cette pensée féconde toute son étendue, il faut grouper autour d'elle, comme auxiliaires, les principes juridiques adoptés par l'Assemblée constituante.

Jamais il n'y eut autant de confiance dans la sainteté du droit. C'était, selon la parole de Mirabeau, le souverain du monde. On l'envisagea d'une manière absolue, on le puisa dans la raison pure, et non plus, comme toute une école, dans l'utilité et dans l'intérêt; on le dégagea des formes matérielles inutiles; on le revêtit d'abstraction, afin que la volonté de l'homme y jouât un rôle plus important. On tendit à l'assimiler au droit naturel, et ce fut entre les mains de ce nouveau maître, qui ne distinguait pas entre les enfants issus d'une même souche, que l'ancien père de famille abdiqua. Comme toutes les questions sociales furent jugées alors au point de vue logique, on considéra nécessairement l'unité de législation comme la manifestation de la légitimité du droit; l'indépendance de la propriété comme sa mise en œuvre ; la séparation du lien civil et religieux comme son émancipation. En faisant du juge un citoyen, on posa au-dessus de lui le dogme de la responsabilité humaine, la publicité, la nécessité de respecter la liberté individuelle : en lui prescrivant de motiver ses décisions, on le força de rendre hommage à la raison. Enfin, on proclama le droit de l'individu comme supérieur à celui des sociétés, et on ne lui donna d'autres limites que le droit de tous. Une ère indéfinie de progrès fut ainsi ouverte à la législation.

Tels sont les principes que l'Assemblée constituante emprunta à la philosophie du dix-huitième siècle. Tous les décrets d'abolition, toute la réorganisation judiciaire et cette série d'institutions qui ont immortalisé leurs auteurs ont cette commune origine.

Mais les jurisconsultes de la Révolution ne purent, au milieu des tempêtes, asseoir d'une manière définitive notre société civile. Si, à certaines crises de la vie des peuples, il faut des esprits hardis pour favoriser les conquêtes légitimes, il est encore plus nécessaire de rencontrer des esprits sages pour les consolider. Il était utile que l'expérience et le malheur détruisissent les illusions de la jeunesse. Les intelligences les plus brillantes, même celle de Mirabeau, étaient infectées de plus d'un sophisme juridique. Les fausses théories sur l'origine de la société, de la propriété, du droit de tester, les assiégeaient. Avec Rousseau, qui, dans toutes les questions de principe, eut une redoutable puissance, on distinguait entre l'homme *naturel* et l'homme *social*.

Là, nous touchons à plus d'un défaut de la philosophie du dix-huitième siècle. En nous apprenant à dédaigner le passé, à préférer des abstractions à l'histoire, elle détruisait l'équilibre, si nécessaire à garder dans l'application de l'équité ; elle brisait le pont qui reliait les deux rives à travers l'abîme. Pour refaire *à priori* une société, elle aurait dû au moins transformer l'homme moral et le préparer à ses changeantes destinées. Personne n'y songea, excepté Jean-Jacques. On nous laissa l'éducation de l'ancien régime, même caractère, mêmes habitudes; aux premiers moments d'explosion et d'enthousiasme, la philosophie ne nous enseigna même pas à rester maîtres de nous-mêmes ; elle exagéra notre activité et ne permit à rien de mûrir. Elle était pressée d'affirmer ; mais, comme l'astrologue de la fable, elle nous fit souvent tomber dans le puits en regardant les étoiles. Heureusement qu'à l'heure de la codification, et pour opérer la transition, il se trouva des Portalis. Ils prirent leur point de départ dans les faits simples, vrais, consacrés par l'expérience de tous les âges. Le bon sens régularisa alors les indications du génie et posa des bornes à son ambition démesurée.

N'empiétons pas sur un autre domaine. Nous n'avons pas la prétention de juger d'une manière complète l'influence de la philosophie française. Nous constatons seulement que c'est dans le droit civil qu'elle a eu des résultats immédiats. Nous lui devons d'être légalement des individus ; si quelques autres de ses semences, comme la simplification de la procédure, la classification logique des lois, l'unité du juge, etc., sont tombées dans

des sillons ingrats, attendons avec fermeté et patience que l'avenir fasse lever le germe.

Il suffit pour illustrer une époque qu'elle ait promulgué quelques vérités de plus. Elles sont encore si clair-semées ! C'est, pour parler avec Bossuet, comme des clous attachés à une longue muraille dans quelques distances : vous diriez que cela occupe bien de la place ; amassez-les, il n'y en a pas pour emplir la main. Ah ! si peu qu'il y en ait, gardons-les précieusement et soyons reconnaissants envers les hommes qui les ont mises au jour. Nous croyons fermement qu'il en est de la vraie philosophie du dix-huitième siècle comme du christianisme qu'elle a méconnu : son œuvre n'est pas encore faite. Elle agit avec lenteur, a-t-on dit, parce qu'elle agit partout. Un temps viendra où cette œuvre sera accomplie ; elle résultera de l'élévation générale des esprits et des cœurs. Que sont quelques années de plus pour cette humanité, que Dieu ne peut pas abandonner ?

AGÉNOR BARDOUX.

FORMULES INÉDITES

PUBLIÉES

D'APRÈS UN MANUSCRIT DE LA BIBLIOTHÈQUE ROYALE DE MUNICH.

Les recherches que j'ai faites dans les principales bibliothèques de l'Europe, pour connaître et comparer dans leurs sources manuscrites les monuments de notre ancien droit, m'ont procuré la découverte d'un grand nombre de formules inédites appartenant aux huitième et neuvième siècles. Les unes sont groupées en collections, disposées avec une certaine méthode, et paraissent avoir formé des manuels à l'usage des praticiens : tels sont les recueils que j'ai publiés à diverses époques, d'après des manuscrits de Strasbourg, de Saint-Gall et de Madrid. Les autres se rencontrent au milieu de matières étrangères à la science du droit, isolées en quelque sorte dans des manuscrits où les copistes ne semblent les avoir transcrites que pour remplir des feuillets demeurés vacants : telles sont les sept formules qu'on va lire, et qui m'ont été fournies par un manuscrit de la Bibliothèque royale de Munich.

Ce manuscrit, dont l'écriture remonte au neuvième siècle, provient de l'abbaye de Tegernsee ; il porte aujourd'hui le n° 19410, et se trouve exposé dans la salle des *Cimelien*, c'est-à-dire dans la salle où les administrateurs de la Bibliothèque ont réuni les ouvrages les plus remarquables par leur antiquité, leur importance ou leur rareté. Il comprend des extraits des Saints Pères, des gloses en ancien allemand, et un alphabet runique. Les formules, dont la description donnée par le docteur Schmeller ne fait pas même mention,

occupent les feuillets 42 et suivants. Aux yeux du savant bibliothécaire, linguiste habile et un peu exclusif, ce manuscrit n'avait évidemment qu'un mérite philologique[1].

Je dois la copie des formules qu'il renferme à l'obligeance de M. le docteur Rockinger. En les publiant, je n'ai pas la prétention de les donner comme une découverte importante pour l'étude historique du droit. Je reconnais volontiers que les recueils de Bignon et de Baluze contiennent des actes analogues à ceux dont elles offrent le modèle. Mais je crois qu'il ne faut jamais négliger les textes inédits. S'ils ne fournissent pas de notions nouvelles, ils confirment du moins celles que nous possédions déjà, et peuvent nous conduire à des conclusions générales, en nous montrant l'application réitérée des mêmes principes et la reproduction constante des mêmes faits.

I.

[*Sine rubrica.*]

Desiderabili domino [sem]perque magnifico et amantissimo magistro episcopo, [ego] ac si vilis et indignus vocatus episcopus, devotus tamen et fidelis orator, perpetim in Christo pacem et salutem. Oportet nos commendare vilitatem nostram vestræ piissime sanctitati, quatenus oratione vestra suffulti facilius ad gaudia veniamus sempiterna. Nos etiam, iuxta parvitatem nostram, cum eis qui nostro sunt regimini obœdientes, pro veneranda almitate vestra iugiter orare non cessamus, orantes Christum Dominum nostrum vos gaudia possidere paradysi et cum celicolis regnare sine fine. Vale cum Domino Dominorum, domine mî, memor mei ad omne bonum.

II.

[*Sine rubrica.*]

Inclito et amabili domino comiti, ego perennem in Domino salutem. Peto bonitatem vestram ut memores sitis mei, tam in

[1] *Allgemeine Auskunft uber die K. Hof und Staats Bibliothek zu Munchen*, p. 25 (Munich, in-12, 1846).

facie regis quam magistrorum eiusque fidelium, et bene de me loqui, sicut promisistis mihi et in vestra confido ubique caritate, mihique vestrum servitium iniungere dignemini. Venit ad nos homo noster N., et narravit quod homines vestri N. domum eius infringerent et boves furto nocturno furarent. Ideo misimus eum ad vos cum indiculo nostro, ac petimus ut pleniter iustitiam ei fieri iubeatis, sicut vultis ut et nos de vestro homine faciamus. Quidam homo vester N. ante altare sancti Stephani venit, et ibi querebat auxilium eo quod occiderit alium hominem vestrum, necessitate compulsus, sicut iste nobis referebat ex ordine, petivitque ut sibi wergeltum eius conponere licuisset. Ideo precamur ut, quia auxilium ab isto loco quesierat, misericordia vestra ab eo non recedat, et delicta peremendet.

III.

[*Sine rubrica.*]

Illi comiti et successoribus tuis atque iunioribus vestris, seu missis dominicis per tempora discurrentibus. Notum sit quia nos pro mercedis nostræ augmentum concessimus cuidam homini seni N. ut ab hodierno die et tempore, quamdiu in hoc mortali seculo advixerit, licentiam habeat domi quiete et secure residere, et [per] nullam expeditionem nec redibitionem cuiquam homini debeat opprimi, sed neque ullo umquam tempore in hostem pergat. Propterea has litteras nostras ei fieri iussimus, per quas decernimus atque iubemus ut nullus ex vobis neque iuniores nec successores vestri neque missi per tempora discurrentes memorato N. umquam ullam inquietudinem faciat aut facientibus consentiat, sed neque heribannum aut alios bannos, qui pro hostilibus exigere solet, nullo umquam tempore ab eo exigere aut exactare faciatis, neque diebus vite sue eum in hostem ire compellatis, sed, sicut nos ob amorem Dei et mercedis nostræ augmentum ei perdonavimus, ita deinceps, in Dei nomine, licentiam habeat absque alicuius contrarietate aut inpedimento domi quiete et pacifice residere, et filium suum in hostem dirigere, quatenus melius illi delectet pro nobis proleque nostra diebus vite sue Domini misericordiam adtentius exorare. Et ut hanc auctoritatem atque concessionem nostram a nobis

factam per diuturna tempora a fidelibus sancte Dei ecclesie et nostris verius credatur et diligentius conservetur, de anulo nostro subter eam iussimus sigillari.

Data illo die, anno Christo propitio decimo regni domni Hludovici regis in orientali Frantia, indictione N.

Actum in illo loco, in Dei nomine, feliciter.

Je ne m'arrêterai pas à expliquer le fond de cette formule; elle reproduit un acte dont les exemples sont assez rares, mais dont le n° 31 de l'*Appendix ad Marculfum* nous avait déjà fait connaître le modèle. Je dirai seulement quelques mots des indications chronologiques et géographiques qu'elle renferme.

Le souverain désigné dans la date est évidemment Louis le Germanique, fils de Louis le Débonnaire. Ce prince et son fils Louis le Jeune sont, en effet, les deux seuls rois du nom de Louis qui aient pris le titre de *rois de la France orientale*: or, comme le second n'a régné que *sept* ans, de 876 à 882, c'est nécessairement au premier qu'il faut rapporter le diplôme qui a servi de modèle à cette formule, puisque ce diplôme était daté de la *dixième* année de son règne.

Mais à quelle année de l'ère vulgaire correspond la dixième année du règne de Louis le Germanique ? — Cette question est d'autant moins facile à résoudre que la chancellerie de ce prince a tour à tour admis plusieurs systèmes, et qu'après en avoir adopté un nouveau, elle se servait encore par intervalles de l'ancien. Schaten, Hergott, Eccard, Schannat et quelques autres diplomatistes sont entrés à cet égard dans de longues et obscures discussions. Heumann, qui a le mieux éclairci cette matière, constate l'emploi successif de trois systèmes, auxquels on peut ramener, à un petit nombre d'exceptions près, la date de tous les diplômes sincères. — Le premier a pour point de départ l'année 826, où Louis le Germanique vint prendre possession du royaume

de Bavière. Ce royaume lui était échu depuis 817, par suite du partage que Louis le Débonnaire fit alors entre ses enfants [1]; mais son extrême jeunesse ne lui permettant pas de gouverner par lui-même, la Bavière continua d'être régie par l'empereur son père, et ce fut seulement en 826 que les actes de l'autorité publique commencèrent à être promulgués en son nom. Il y prit le titre de *rex Baiuvariorum*, et les data de la *première* année de son règne [2]. — Le second système a pour point de départ l'année 833. Louis le Germanique, coalisé avec ses frères, venait de faire prisonnier son père, lâchement abandonné à Rotfeld par son armée, et il avait profité de sa victoire pour agrandir ses Etats. On verra plus bas que c'est probablement à cette époque que remonte la fondation du *royaume de France orientale*. Il est du moins certain qu'il prit alors dans la souscription de ses diplômes le titre de *rex in Francia orientali*, et commença une nouvelle série dans la computation des années de son règne [3]. — Le troisième système a pour point de départ l'année 840, époque de la mort de Louis le Débonnaire. — On voit que, selon toute apparence, c'est au second de ces trois systèmes que se rapporte la date conservée dans notre formule : la *dixième* année du règne de Louis le Germanique correspondait donc à l'an de J.-C. 842.

L'origine et l'étendue du *royaume de France orientale* sont encore plus incertaines que la chronologie des diplômes de Louis le Germanique. Le nom de *France orientale* paraît d'abord avoir été donné au territoire occupé par les Francs sur la rive droite du Rhin, entre la Saxe et la Thuringe au nord-est, la Bohême et la Bavière à l'est, la Souabe ou Allémanie au midi. Plus tard, il prit une grande extension, et

[1] *Charta divisionis imperii*, ap. Baluzium, *Capitularia*, I, 573.
[2] Voyez les diplômes publiés par D. Pez, Hund et Ried.
[3] Neugart, *Codex diplomaticus*, n° CCLV.

servit à désigner un des royaumes taillés dans le vaste empire de Louis le Débonnaire ; mais il faut descendre jusqu'au partage de 843 pour trouver à ce sujet quelque chose de positif. Ce partage, connu sous le nom de *traité de Verdun*, constitua au profit de Louis le Germanique un royaume composé de tous les pays soumis à la domination des Francs sur la rive droite du Rhin, ainsi que des villes de Worms, Mayence et Spire sur la rive gauche. C'est à ce royaume, dont l'ancienne province des Francs d'outre-Rhin formait en quelque sorte le noyau, que les chroniques et les diplômes donnent le nom de *royaume de France orientale*. Cependant, il est certain que son existence avait une origine plus ancienne. J'en citerai pour preuve un passage des *Annales de Fulde*, où on lit qu'en 838 Louis le Germanique fut dépouillé par son père du *royaume de France orientale*, qui lui avait été précédemment accordé [1]. Mabillon pense qu'on en doit faire remonter la création à la journée de Rotfeld : il suppose qu'après avoir fait son père prisonnier, Louis le Germanique s'empara des provinces les plus voisines de son royaume de Bavière, et prit aussitôt un titre correspondant à l'étendue de ses nouveaux Etats [2]. Un diplôme de 833, où ce prince est déjà qualifié *rex in Francia orientali*, donne une grande force à cette conjecture [3]. Rentré bientôt après en grâce avec l'empereur, Louis dut obtenir la confirmation des pays qu'il avait usurpés ; une nouvelle rupture les lui fit perdre quelques années plus tard ; enfin, le traité de 843 vint mettre un terme à ces vicissitudes, et sanctionner l'existence, jusque-là précaire, du *royaume de France orientale*.

Le nom de *France orientale* a donc eu en même temps deux significations, l'une restreinte, l'autre plus étendue :

[1] Pertz, *Monumenta Germaniæ*, I, 361.
[2] *De re diplomatica*, lib. II, cap. XXVII.
[3] Neugart, *Codex diplomaticus*, nº CCLV.

dans la première, il désignait une province; dans la seconde, un royaume, dont la province faisait partie. J'ai déjà fait connaître les limites de la province; celles du royaume éprouvèrent de nombreuses variations. De 833 à 843 elles dépendirent évidemment des hasards de la guerre civile. Fixées en 843 par le traité de Verdun, elles ne subirent aucun changement pendant la vie de Louis le Germanique. A sa mort, en 876, ses trois fils, Carloman, Louis et Charles, partagèrent ses Etats, et ce fut le lot du second, formé de la Saxe, de la Frise, de la Thuringe, de l'ancienne province des Francs d'outre-Rhin et d'une portion de la Lorraine, qui retint, à l'exclusion des deux autres, le nom de *royaume de France orientale*[1]. Charles le Gros réunit l'héritage entier de Charlemagne. Les différents États formés des démembrements successifs de ce vaste empire furent un moment confondus sur sa tête. Mais il ne tarda pas à succomber sous un si lourd fardeau, et dans le désordre qui suivit sa déposition le *royaume de France orientale* se reconstitua entre les mains d'Arnoul, tel qu'il avait été possédé par Louis le Germanique au lendemain du traité de Verdun.

Cette époque de confusion est aussi une époque de renaissance pour les nationalités. Les anciens noms géographiques font place à des noms nouveaux, qui expriment mieux l'origine et l'individualité de chaque peuple. C'est ainsi qu'au nom de *royaume de France orientale*, qu'on rencontre encore sous Henri l'Oiseleur, l'usage substitua peu à peu celui de *royaume de Germanie*. Toutefois ce nom ne disparut pas entièrement : il conserva la signification restreinte qu'il avait eue dans le principe ; il ne fut plus appliqué à un royaume, mais il continua à désigner l'ancienne province des Francs trans-Rhénans. Au douzième siècle, il subit une légère

[1] *Chronicon Reginonis*, ad ann. 876 (ap. Pertz, *Monumenta Germaniæ*, t. I, p. 589).

modification : la *France orientale* devint la *Franconie*, et, sous cette forme nouvelle, l'ancien nom s'est perpétué jusqu'aux dernières transformations politiques de l'Allemagne.

IV.

[*Sine rubrica.*]

Si petitionibus fidelium nostrorum iusta petentium aurem serenitatis nostre libenter acconmodamus, et regium morem exercemus, eosque procul dubio devotiores in nostro habimus obsequio. Quapropter conperiat omnium fidelium nostrorum, presentium videlicet et futurorum, industria, quia nos, petente cuidam videlicet familiari nostro, concessimus ad proprium quasdam res in pago illo, in comitatu illo, in villa illo vocabulo, hominibus ipsius comitatus, quorum nomina..... inter campos et silvas et pratas, aquis aquarumve decursibus, vel quicquid ab eisdem suprascriptis locis pertinet et tenet, quæ omnia in fiscum dominicum tempore illo redacta fuerant et quibusdam causis [ex proprio] parentum predictorum hominum in dominium domni et genitoris nostri pervenerant. Unde has serenitatis nostræ apices illi fieri iussimus, [ut] per nostræ largitatis munificentiam, qui a tam longo tempore in nostra potestate fuit, ob elemosinam genitoris videlicet et nostram in ius et potestatem eorundem hominum perveniat, ita videlicet ut quicquid ab hodierno [die] vel tempore ordinare, facere atque disponere voluerint, libero in Dei nomen perfruantur arbitrio faciendi quicquid eligerint. Et ut hec serenitatis nostre auctoritas futuris temporibus inconvulsam obteneat firmitatem et certius veriusque credatur, anuli nostri inpressione subter eam iussimus sigillari.

La seule observation que suggère la lecture de cette formule, c'est que, sous l'apparence et la forme d'un acte de donation, elle offre en réalité le modèle d'un acte de restitution de biens antérieurement confisqués.

V.

[*Sine rubrica.*]

Si enim ea, quæ fideles regni nostri pro eorum oportunitatibus inter se conmutaverint, nostris confirmamus edictis, regiam

exerceamus consuetudinem, et hoc in post modum iure firmissimo mansurum esse volumus. Idcirco noverit omnium fidelium nostrorum, presentium scilicet et futurorum, industria, quia vir venerabilis illius ecclesie episcopus innotuit excellentiæ nostre qualiter ille cum quodam viro nomine pro conmuni utilitate et conpendio de quibusdam rebus conmutationem fecisset, datis scilicet a parte ecclesie suæ eidem viro nomine ad suum proprium ad habendum, in vico et genealogia quæ dicuntur, ubi rivolis ille intrat in illud flumen, curtiles duos et a foris a terra arabili iurnales tantos et de pratis ad carradas tantum et molendinum unum; et econtra in conpensatione harum rerum dedit memoratus vir ex suo proprio prefato episcopo ad partem episcopum, in pago illo, in villa vocabulo illo, prope flumen illud, curtilem unum et a foris de terra iurnales tantos et de pratis ad carradas tantas, lucos duos, molendina duo. Unde duas conmutationes pari tenore conscriptas se pre manibus habere professus est, postulans celsitudinem nostram ipsam conmutationem per nostrum preceptum plenius confirmaremus, quod ita et fecisse omnium fidelium nostrorum cognoscat magnitudo. Precipientes ergo iubemus ut quicquid pars iuste et rationabiliter alteri contulit parti, deinceps per hanc nostram auctoritatem iure firmissimo teneat atque possideat, vel quicquid exinde ob utilitatem et commoditatem sui facere vel iudicare voluerit, libero in Dei nomine perfruatur arbitrio faciendi quicquid elegerit. Et ut hec auctoritas pleniorem in Dei nomine obteneat firmitatem, de anulo nostro subter iussimus sigillari.

VI.

[*Sine rubrica.*]

Si petitionibus fidelium nostrorum iuste et rationabiliter petentium aures serenitatis nostræ acconmodamus, et regium morem decenter implemus, eosque procul dubio fideliores ac devotiores in nostro efficimus servitio. Quapropter conperiat omnium fidelium sancte Dei ecclesie nostrorumque, presentium scilicet et futurorum, industria, qualiter vir venerabilis fidelisque noster ille per optimates nostros illos nostram deprecatus est clementiam, ut per nostrum preceptum confirmare dignaremur quod-

dam monasterio, quod ipse novo opere in honorem Domini Dei et salvatoris nostri Jesu Christi sanctique illius, in pago illo, in marcha illa, in loco illo, construxit Deoque consecrari rogavit. Cuius petitioni, quia iuste et rationabiliter ortatus est, adsensum prebere libuit. Ideoque sancimus atque constituimus ut isdem locus perpetualiter in Dei servitio, Deo annuente, consistat, et liceat ibi cenobium canonicorum fieri et per nostræ auctoritatis iussionem vitam ducere, nullo inquietante, Deo auxiliante, perpetuo quietam. Et ut idem locus deinceps firmior futuris temporibus habeatur, placuit celsitudini nostræ ut quasdam res proprietatis nostre illo loco sancto conferre disposuissemus, quod ita et fecimus : videlicet in pago illo villam iuris nostri vocabulo illo, cum omnibus ad se pertinentibus, habentem plus minusve mansos tantos et aripennes tantos, et de forestem ad ipsam villam pertinentem, ubi saginari possint porci tanti, cum mancipiis utriusque sexus numero, atque in pago prefato illo, iuxta illud monasterium, in marcha, inter terram cultam et incultam iurnales tantos, duosque puerulos nominibus illis. Has itaque res cum omnibus ad se pertinentibus, mancipiis, ædificiis, terris cultis et incultis, vineis, silvis, campis, pratis, pascuis, aquis aquarumve decursibus, molendinis, adiacentiis, perviis, exitibus et regressibus, quesitum et ad inquirendum, totum et integrum, vel quicquid nostri iuris atque possessionis in re propriætatis est, Domino Deo et salvatori nostro Jhesu Christo sanctoque illi in elimosina domni et genitoris nostri Hludovici prestantissimi augusti nostraque solemni more tradimus atque confirmamus; eo videlicet modo ut ab hinc in futurum ad stipendia eorum, qui illic Domino famulari noscuntur, perpetualiter deserviant, et nullus de successoribus nostris illas res inde abstrahere vel minuere valeat, nec heredes eorum, qui illas res previdere debent, ullam ex istis habere licentiam, nisi, ut prefati fuimus, eorum inopia refocilietur qui illic Domino deserviunt. Alienandi vero vel abstrahendi aut in alios usus devertendi vel aliquam divisionem inter eos ex isto faciendi nullam volumus habere licentiam, sed, ut diximus, in elimosina genitoris nostri nostraque quiete eis liceat illud possidere atque gubernare, quatenus illos servos Dei melius delectet pro nobis proleque nostra regnoque nostro Domini misericordiam adtentius exorare. Et ut hec auctoritas spontanee nostræ traditionis certior habeatur et a ti-

delibus sancte ecclesie verius credatur atque diligentius conservetur, manu propria nostra subter eam firmavimus et anuli nostri impressione adsignari iussimus.

Signum domni Hludovici, gloriosissimo regi.

VII.

[*Sine rubrica.*]

Notum sit igitur omnibus fidelibus sancte Dei ecclesie ac nostris, presentibus scilicet et futuris, quia nos pro mercedis nostræ augmentum servum nostrum in procerum nostrorum presentia manu propria nostra excutientes a manu eius denarium secundum legem Saligam, liberum dimisimus et ab omni iugo servitutis absolvimus, eius quoque absolutionem per presentem auctoritatem confirmavimus, atque nostris et futuris temporibus firmiter atque inviolabiliter mansuram esse volumus. Precipientes ergo iubemus ut, sicut reliqui manumissi, qui per huiusmodi titulum absolutionis a parentibus [nostris] regibus [vel] imperatoribus Francorum noscuntur esse relaxati ingenui, ita deinceps memoratus ille per hoc nostrum preceptum plenius in Dei nomine confirmatum, nullo inquietante sed Deo auxiliante, perpetuis temporibus valeat permanere bene ingenuus atque securus. Et ut hæc auctoritas absolutionis nostræ firmior habeatur et [per] futura tempora verius credatur et diligentius conservetur, de anulo nostro subter eam iussimus sigillari.

Le mode d'affranchissement *par le denier* s'est perpétué jusque sous les premiers rois de la troisième race. On en trouve des exemples dans Marculfe, I, 22; *Append. ad Marculf.*, n° 24; *Formulæ Aslaticæ*, n° 4; D. Carpentier, *Alphabetum Tironianum*, n° 45.

Eugène de Rozière.

BIBLIOGRAPHIE.

Du doctorat en droit, à l'occasion de l'ouvrage intitulé *Notice sur le doctorat en droit*, par Th. DE FONTAINE DE RESBECQ; 1 vol. grand in-8. Paris, Durand, 1857. Prix : 6 fr.

La publication de M. de Fontaine de Resbecq, dont nous venons d'indiquer le titre, ne doit pas, ce nous semble, passer inaperçue, et les personnes qui portent quelque intérêt à la science du droit ne peuvent refuser leur attention au sujet principal de cet écrit, puisqu'il s'agit du grade le plus élevé que confèrent les Facultés de droit.

Nous donnerons d'abord un aperçu de ce qui est contenu dans ce livre, et nous communiquerons ensuite aux esprits sérieux qui voudront bien nous suivre les réflexions qu'il nous suggère.

M. de Resbecq commence par présenter un historique complet sur la création et le développement successif de l'enseignement du droit en France, depuis l'organisation de l'an XII : le tableau de cet enseignement dans les neuf Facultés de l'Empire, la distribution des matières dans le cours quadriennal des études, la forme de nomination des professeurs et agrégés trouvent leur place dans cette partie du livre. Des détails sur le budget des Facultés et l'analyse chronologique des lois, statuts, décrets, règlements et circulaires relatifs à l'enseignement du droit viennent ensuite. Enfin, après ces divers documents, qui servent comme d'introduction au sujet principal sur lequel l'auteur veut appeler l'attention, il fournit, sur le passé et le présent du *doctorat en droit*, des renseignements pleins d'intérêt et qui serviront de base principale aux observations que nous proposerons, à cette occasion, dans la suite de cet article

Voici le résumé de quelques-uns des documents recueillis par M. de Resbecq.

Nous avons d'abord fixé nos regards sur l'*énumération des docteurs en droit*, reçus depuis 1806 jusqu'en 1857, et dont la liste est ouverte par M. Dupin aîné. Or, il nous paraît que, pour apprécier sainement la portée de cette énumération, il faut la décomposer en *quatre* périodes chronologiques : la première, de

1806 à 1820, époque où la publication de la *Thémis* fut la révélation d'une véritable reprise dans l'étude scientifique du droit; — la seconde, de 1820 à 1830; — la troisième, de 1830 à 1850, époque où les épreuves du doctorat ont été rendues plus sérieuses; — la quatrième enfin, de 1850 à 1857, qui exprime l'état contemporain des études, par rapport à ce grade. Cela posé, si, en chacune de ces périodes, on veut savoir quel a été, pour chaque Faculté, le nombre de diplômes conférés, nous aurons les résultats suivants : de 1806 à 1820, Paris en a distribué 71, Grenoble 19, Poitiers 13, Toulouse 12, Caen 10, Rennes 9, Dijon 8, Aix 6; — de 1820 à 1830, Paris a reçu 100 docteurs, Poitiers 17, Rennes et Strasbourg 12, Aix, Dijon et Toulouse 10, Grenoble 7 et Caen 4; — de 1830 à 1850, Paris en a reçu 675, Dijon 88, Toulouse 73, Poitiers 70, Caen 52, Strasbourg 50, Aix 47, Grenoble et Rennes 42; — enfin, de 1851 à 1857, Paris a admis 355 candidats, Toulouse et Caen 40, Strasbourg 29, Dijon 19, Grenoble 18, Aix, Poitiers et Rennes 17.

M. de Resbecq a pu, dès l'année 1851, accompagner sa liste des docteurs du relevé exact des sujets qui ont été traités dans la thèse de chaque candidat. La plupart des aspirants ont écrit sur la même matière en droit romain et en droit français, quoique par deux dissertations séparées; toutefois, il y a eu quelques exceptions. Or, pour ne considérer ces sujets que sous le rapport du droit français, M. de Resbecq nous apprend qu'à part 16 thèses, toutes les autres ont porté sur des matières se rattachant au Code Napoléon; ces 16 spécialités se décomposent ainsi : 6 sujets de *droit commercial*, 5 de *droit administratif*, 4 de *droit criminel* et 1 d'*histoire du droit français*. Quant aux matières adoptées par la généralité des candidats, il n'est pas surprenant que plusieurs d'entre eux aient choisi les mêmes, parmi lesquelles on en voit certaines qui paraissent être l'objet d'une prédilection particulière. Ainsi, sur 478 thèses soutenues de 1851 à 1857, le titre des *priviléges et hypothèques* a fourni 38 sujets, le *mariage* 24, la *dot* 16, dont 7 sur l'*inaliénabilité*; l'*action Paulienne*, la *filiation légitime ou naturelle* ont été traitées 15 fois, les *donations entre vifs* 13, la *capacité de la femme mariée* 11; la *quotité disponible*, la *vente*, la matière des *rapports à succession*, la *cession des créances* 10 fois, les *substitutions* 9, la *séparation des patrimoines*, la *solidarité*, les *transactions* 8, la *subrogation*, les *rentes*, les *par-*

tages d'ascendants, les *obligations en général* 7, les *droits de retour*, la *puissance paternelle*, la *prescription* 6; l'*usufruit*, la *possession* 5 fois, la *revendication*, le *consentement dans les contrats*, le *bénéfice d'inventaire* 4; l'*adoption*, le *bail*, la *condition des étrangers*, l'*éviction*, l'*expropriation pour cause d'utilité publique*, la *novation*, le *prêt*, la *preuve testimoniale*, le *droit de rétention*, la *saisine* ont été chacun la matière de 3 thèses ; enfin, les *actions possessoires*, la *preuve littérale* et les *reprises de la femme après dissolution de la communauté* ont été chacune traitées 2 fois par les aspirants au doctorat.

Il résulte enfin des renseignements fournis par M. de Resbecq que l'enseignement pour le doctorat n'est officiellement organisé que dans la Faculté de Paris ; dans les Facultés des départements il n'y a pas, comme dans celle-ci, des cours de quatrième année[1], et les aspirants doivent suivre seulement une conférence de droit romain, qui leur est spécialement consacrée, depuis le décret du 4 février 1853, et deux cours de Code Napoléon ; mais il faut dire qu'en plusieurs Facultés, le zèle des professeurs et agrégés supplée, par des cours ou des conférences bénévoles, à ce que le cadre officiel des études offre d'incomplet à cet égard.

Tels sont les faits principaux signalés par M. de Resbecq sur ce que nous appelons le *passé* et le *présent* du doctorat en droit.

Ces faits nous suggèrent diverses réflexions qui serviront de base à quelques vues d'*avenir*, au sujet du même grade.

Ainsi, les chiffres indiquant le *nombre des docteurs*, de 1806 à 1857, attestent un *progrès constant* dans l'empressement des candidats. La comparaison faite entre les quatre périodes qui partagent ces cinquante dernières années nous donne, en effet, les moyennes annuelles suivantes : il y a eu 10 docteurs par an dans la première période, 15 durant la seconde, 54 pour la troisième et 79 dans la dernière; or, d'un côté, le stimulant de la gratuité des études, accordée aux lauréats de licence depuis 1840, ne suffit pas pour expliquer un progrès si sensible et, d'un autre côté, les exigences de la carrière du professorat, la seule pour laquelle le doctorat soit actuellement exigé, n'ont pas non plus été assez grandes pour donner une telle impulsion ; il faut donc se réjouir d'un élan que l'amour plus éclairé de la science a

[1] Si ce n'est une chaire de *droit des gens*, à Strasbourg.

principalement causé, en dehors des prescriptions légales. On a compris que les travaux du doctorat sont le complément nécessaire des études juridiques, et ceux qui n'ont pas voulu rester aux trois quarts de la route n'ont fait qu'obéir à cette règle de sagesse vulgaire : *Qui veut la fin veut les moyens.* Cette application des jeunes gens studieux est d'autant plus remarquable que l'absence d'enseignement organisé pour le doctorat rendait plus épineuses les études à faire pour obtenir ce grade. La Faculté de Paris compte bien, il est vrai, quelques chaires spéciales aux élèves de quatrième année ; mais, outre que cette Faculté est la seule, comme nous l'avons déjà dit, qui présente cet avantage, il faut noter que le *droit des gens* et l'*histoire du droit*, qui forment l'objet de ces chaires, ne sont, même à Paris, qu'une partie très-accessoire des épreuves subies pour le doctorat. En somme donc, la marche progressive de ce grade est un excellent résultat qu'il faut noter et dont il faut tirer parti.

Il n'y aurait pas une conclusion aussi *positive* à tirer des chiffres de M. de Resbecq sur le nombre des docteurs, si l'on voulait comparer les Facultés entre elles, même en laissant à part la Faculté de Paris qui, à raison de la quantité de ses élèves, est toujours en une situation exceptionnelle. Il n'y aurait rien à conclure *en faveur* ou *contre la force des études*, dans telle ou telle école, du nombre des candidats au doctorat; ce nombre a pu varier, en chaque Faculté et pour chaque année, avec la portée diverse des générations scolaires, qui se succèdent avec plus ou moins de ressemblance ; de plus, les habitudes locales, les exigences des chefs de la magistrature qui, en passant dans un ressort, ont pu donner plus d'impulsion aux études juridiques, en demandant à leurs nombreux solliciteurs la garantie du doctorat, ont pu augmenter le nombre des candidats ; peut-être aussi que la sévérité d'admission n'est pas la même dans toutes les Ecoles, et dès lors une comparaison devient ici inutile et même rationnellement impossible; le mieux est de voir, en chacune d'elles, une émulation constante pour entretenir et favoriser le développement des fortes études; ce que nous avons dit plus haut montre que ces efforts n'ont pas été, généralement parlant, infructueux.

L'aperçu des *sujets traités par les candidats* dans leurs thèses donne aussi des conclusions satisfaisantes, et le choix de la

même matière, en droit romain et en droit français, a le grand avantage de produire des monographies complètes et de faire servir l'étude du droit romain au rôle qui lui convient seulement aujourd'hui, celui d'introduction savante à notre législation moderne.

D'après tout ce qui précède, quels vœux y aurait-il maintenant à former au sujet du *doctorat en droit ?*

Malgré ce que nous avons trouvé de progressif dans le nombre toujours croissant des jeunes candidats, on ne peut dissimuler qu'il ne soit encore peu élevé, en le considérant par rapport à celui des étudiants qui fréquentent nos écoles.

Or, nous croyons fermement qu'il est très-utile, pour l'avenir des études juridiques et pour l'honneur scientifique de la magistrature et du barreau, de prendre des mesures pour augmenter le nombre des docteurs, et pour organiser dans les écoles un enseignement spécialement approprié aux aspirants à ce grade.

Il est vrai qu'en fait, on se trouve ici en présence d'une sorte de cercle vicieux : d'une part, l'absence d'un enseignement spécial peut contribuer à maintenir le nombre des docteurs à un chiffre peu élevé ; et, d'autre part, comment songer à une telle organisation lorsque, en quelques Facultés, le nombre des candidats est quelquefois insignifiant ou même nul, en sorte que Paris et Toulouse, presque seuls, aient constamment un nombre convenable d'inscriptions de quatrième année?

La difficulté pratique existe, il faut en convenir ; mais elle n'est pas insoluble.

Avant tout, il nous paraîtrait fort opportun que, sauf à prendre quelques mesures transitoires, l'entrée dans la magistrature et l'exercice de la profession d'avocat, au moins devant les Cours d'appel, fussent soumis à la nécessité du grade de docteur. En cela, il n'y a rien d'exagéré ; car, dans notre opinion, *doctorat* est synonyme d'*études complètes;* or, n'est-il pas de la plus grande convenance que ceux qui ont la mission de juger et de défendre les intérêts légitimes des citoyens aient fait autre chose que des études purement élémentaires, les seules possibles aujourd'hui pour la licence. Notre intention n'est pas de prétendre que l'aptitude à juger et à plaider dépende nécessairement de nos grades académiques; une expérience exercée et un tact intelligent peu-

vent quelquefois suppléer avantageusement à des études théoriques approfondies ; mais il ne faut pas méconnaître qu'en plaçant la nécessité du grade au début de la carrière, on donnera au gouvernement et au public des garanties de connaissances acquises et de discipline intellectuelle, bien préférables aux fallacieuses apparences d'un stage, en général, fort accommodant. — Les règles ont été différentes jusqu'ici, et le doctorat est resté *grade de luxe*, parce qu'il s'agissait, après la Révolution, de repeupler les diverses carrières juridiques ; mais aujourd'hui tout est fait, sous ce rapport, avec surabondance, et, puisque l'embarras n'est plus que dans le choix, n'est-il pas fort à propos d'en améliorer les éléments? La sagesse du gouvernement peut pourvoir, comme il convient le mieux, à ce nouveau besoin ; mais, s'il nous était permis d'émettre notre humble avis à ce sujet, il nous paraîtrait qu'une recommandation faite par Son Excellence M. le garde des sceaux aux chefs des Cours impériales de préférer, en général, pour leurs présentations, les candidats munis du doctorat, préparerait les voies à une mesure plus radicale, qui ferait ensuite de ce grade une condition spéciale et indispensable d'entrée dans la magistrature et d'inscription au tableau des avocats près une Cour impériale.

Par ce moyen, le nombre des élèves permettrait, presque dans toutes les Facultés, l'organisation de l'enseignement spécial pour le doctorat. Nous disons : *presque dans toutes les Facultés*, et, en cela, notre pensée n'est pas de vouloir en amoindrir quelqu'une, lorsque, à coup sûr, celle à laquelle nous avons l'honneur d'appartenir ne saurait, vu le nombre de ses élèves, craindre cette chance ; mais les faits parlent pour nous, et le décret d'organisation des Écoles, du 21 septembre 1804, tout en n'établissant aucune hiérarchie ni différence entre elles, posa, en son article 9, la règle que le nombre des professeurs serait proportionné à l'importance et au succès obtenu par chacune d'elles ; c'est pourquoi Paris a maintenant 18 chaires, Strasbourg et Toulouse en ont 9, Dijon et Rennes 8, Aix, Caen, Grenoble et Poitiers 7 seulement.

Reste à savoir en quoi devrait consister cet enseignement spécial destiné aux aspirants au doctorat? Nous pourrions garder le silence en ce point et nous en remettre à la sage initiative de M. le ministre et des hommes éclairés dont Son Excellence

veut bien prendre conseil. Toutefois, il nous sera permis, après quinze années d'enseignement, d'indiquer en peu de mots, et pour clore cet article déjà trop long, comment nous comprendrions l'organisation nouvelle du doctorat. La nature des épreuves et leur programme nous paraissent bien conçus; il n'y a donc qu'à mettre l'enseignement en rapport avec ces épreuves. Or, à cet effet, un cours approfondi sur les *principes du droit romain* et un cours de *droit coutumier* serviraient l'un et l'autre de complément indispensable à l'étude du droit civil français. Nous n'assimilons point par là deux études fort distinctes : l'une, celle du droit romain, dont l'élément est rationnel et scientifique; et l'autre, celle du droit coutumier, dont la portée est toute historique; mais l'une et l'autre sont indispensables pour éclairer nos origines, et il est regrettable que celle du *droit coutumier* ait été si négligée jusqu'ici dans le cadre de l'enseignement officiel. A ces deux chaires devrait, ce nous semble, être jointe une chaire de *droit civil français*, qui aurait, suivant nous, plus d'avantage à se combiner avec les trois chaires déjà existantes, comme quatrième année de Code Napoléon, qu'à s'en détacher pour être invariablement affectée, comme *cours approfondi*, aux élèves du doctorat. Enfin, des conférences sur les diverses parties spéciales du droit français, le *droit commercial*, la *procédure*, le *droit administratif* et le *droit pénal*, faites par des suppléants ou agrégés, compléteraient l'ensemble des études nécessaires pour l'obtention du grade, que la rigueur des examinateurs maintiendrait à un honorable niveau.

Ces vues, que nous n'avons fait qu'esquisser, méritent-elles d'être réalisées? Il ne nous appartient pas de le décider. Nous ne hasarderons pas non plus, à l'occasion du livre de M. de Resbecq, de plus longs détails sur *quelques améliorations partielles*, dont l'enseignement du droit serait susceptible, et qui pourraient être facilement opérées par de simples *dispositions réglementaires*. La prudente sagesse du chef de l'Université suffit pour nous rassurer sur l'emploi de moyens capables soit de conserver aux études juridiques et à l'enseignement des Facultés leur direction scientifique, soit de la concilier avec la tendance pratique qui doit être leur but final, puisqu'il s'agit de former surtout des jurisconsultes et des magistrats.

GUSTAVE BRESSOLLES,
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Principes d'économie politique, par M. Guillaume Roscher, professeur à l'Université de Leipsig, traduits et annotés par M. Wolowski, membre de l'Institut; 2 vol. in-8, Paris, Guillaumin, 1857. Prix : 15 fr.

L'économie politique est et doit rester en dehors du cadre de cette Revue, uniquement consacrée à l'étude historique du droit. Toutefois, l'ouvrage dont on vient de lire le titre touche de trop près à cette étude pour qu'il nous soit permis de le passer sous silence. On nous saura gré peut-être de signaler aux jurisconsultes le profit qu'ils peuvent tirer de cette lecture.

Une science se suffit rarement à elle-même, ou du moins elle gagne toujours à se rapprocher des autres sciences. Cela est surtout vrai de la science du droit. Les lois, en effet, changent sans cesse, suivant les temps et les lieux; l'application des lois est plus mobile et plus incertaine encore; mais, sous cette variété infinie, il y a quelque chose de fixe et de nécessaire, la nature humaine, la nature des choses, la raison, ou, comme dit Montesquieu, l'esprit des lois.

Que le droit ait une base morale et philosophique, rien n'est plus certain, et M. Wolowski n'a pas de peine à l'établir dans l'introduction qu'il a mise en tête de l'ouvrage; mais ni la philosophie ni la morale ne peuvent à elles seules donner la raison des lois positives. Tous les systèmes de droit naturel n'ont abouti qu'à bien montrer à cet égard leur impuissance. Seule, l'économie politique peut expliquer ce que la philosophie ne fait pas comprendre; elle nous montre les relations que l'intérêt établit entre les hommes; elle nous fait voir comment ces relations se modifient par la diminution ou l'accroissement du capital, et comment le droit qui les régit se modifie et se transforme avec elles. Aussi M. Roscher va jusqu'à proposer aux jurisconsultes de remplacer l'étude du droit naturel par celle de l'économie politique. Tout ceci va s'éclaircir par quelques exemples.

La production économique se rapporte, comme on sait, à trois facteurs, qui sont la nature, le travail et le capital, et l'action de ces trois facteurs est, en général, simultanée; toutefois, ils peuvent être et sont, en effet, suivant les temps, combinés dans des proportions différentes. En conséquence, M. Roscher distingue trois états de civilisation. « Dans la première période, la nature est le facteur qui domine presque sans partage. La forêt, les eaux et le pâturage fournissent spontanément la nourriture à

une population clair-semée. C'est l'âge d'or dont la tradition nous entretient. Il ne saurait exister alors de richesse proprement dite, mais celui qui ne possède aucune portion de terre risque de tomber sous la dépendance absolue d'un maître dont il deviendra le serviteur ou l'esclave. — Dans la seconde période, celle qu'ont traversée les nations durant leur moyen âge, le second facteur, le travail, acquiert une importance toujours croissante. Le travail favorise la naissance et le développement des villes, mais aussi celui des droits de banalité et de corporation, au moyen desquels on arrive à capitaliser le travail. Une classe intermédiaire se forme entre les propriétaires du sol et les serfs. — Dans la troisième période, le capital domine ; grâce aux capitaux, le sol gagne considérablement en valeur, et, dans l'industrie, les machines l'emportent sur le travail manuel. La richesse nationale s'accroît de jour en jour, mais on voit diminuer la menue classe moyenne avec son aisance modeste et sa culture solide ; une richesse colossale se trouve en présence de la plus effroyable misère. »

Ces considérations sont le point de départ d'une théorie de l'esclavage. Quoique l'esclavage soit contraire à la nature humaine, on le rencontre cependant au début de toutes les civilisations. La misère, l'absence de capital en est la cause. L'esclavage lui-même est déjà un progrès, car, pour donner la vie à un prisonnier et pour s'engager à le nourrir, il faut posséder un certain capital. Le travail a déjà du prix, mais il n'en a pas encore assez pour assurer au travailleur une existence indépendante. Le capital est si rare que, pour obtenir le peu dont il a besoin, le pauvre doit aliéner toute sa force productive et celle des siens. Où la servitude n'existe pas, elle est remplacée par l'assujettissement de la femme ou du gendre futur. Jacob sert Laban pendant sept années pour obtenir sa fille en mariage. Du reste, la servitude est douce et l'esclave ne saurait être surchargé de travail, car, en l'absence de tout commerce, on ne produit que pour la consommation de la famille.

Voilà l'explication économique de l'esclavage. Voici maintenant comment s'explique l'émancipation des esclaves. La population augmente, et avec elle la consommation. Une production plus active devient nécessaire, et le travail servile ne peut y suffire. On voit naître l'industrie et le commerce ; les outils, les

machines, les instruments de toute espèce viennent rendre le travail plus facile, même celui de l'agriculture. La force des choses amène ainsi la liberté du travailleur jusqu'au jour où la nourriture du serf coûte plus que son travail ne rapporte. Ce jour-là disparaissent les dernières traces de la dépendance personnelle. L'affranchissement est un fait accompli.

Ainsi, lorsque la civilisation est en progrès, la servitude tend naturellement à disparaître ; elle ne peut subsister qu'à la condition de devenir de plus en plus lourde. Il faut bien forcer l'instrument pour lui faire produire davantage. De là, suivant une très-ingénieuse observation de M. Roscher, la nécessité pour la puissance publique d'intervenir en faveur des esclaves, au moment où les relations économiques se transforment, et où l'abus de pouvoir est le plus à craindre. Mais ce n'est pas la seule cause qui ait contribué à l'adoucissement de l'esclavage. Il y en a une autre, non moins générale, mais moins connue, c'est l'abaissement d'une partie de la classe libre. Chez presque toutes les nations, il y a eu un moment où les petits cultivateurs libres sont tombés dans la dépendance et ont été attachés à la glèbe. Pendant que les esclaves montaient vers la liberté, les hommes libres descendaient vers la servitude. Telle a été l'origine du colonat dans l'empire romain, celle du servage dans les divers Etats de l'Europe au moyen âge. Ce fait, si constant et si étrange, n'a pas échappé à M. Roscher qui en suit les traces en Allemagne, en Bohême, en Pologne, en Russie, en Danemark. Mais il doit avoir une raison économique, et nous regrettons que M. Roscher n'ait pas cherché à en donner l'explication.

Il en est des services domestiques comme du travail agricole ou industriel. Plus le capital national augmente et plus le caractère primitif de la domesticité s'efface pour faire place aux contrats librement consentis.

La théorie de la propriété ne doit pas moins à l'économie politique que celle de la liberté civile. L'une et l'autre, en effet, ont pour base le travail ; et l'étude du travail et de ses effets est le principal objet de l'économie politique. Nous ne suivrons pas M. Roscher dans sa réfutation des systèmes socialistes et communistes, mais nous lui emprunterons quelques aperçus relatifs à l'histoire du droit de propriété.

De même que l'esclavage a été presque partout la condition

primitive du travailleur, de même la communauté de biens paraît avoir été le régime primitif des peuples barbares. La propriété individuelle est le fruit de la civilisation comme la liberté. « C'est ainsi, dit M. Roscher, que la plupart des peuples chasseurs et pêcheurs n'avaient, à l'origine, aucune idée de la propriété. En cela, rien que de très-naturel : la source principale de la production leur semble intarissable, et l'on ne peut guère songer à économiser sur le butin, quand on est simplement chasseur. Les tribus nomades considèrent aussi l'espace comme une immense prairie commune, et le brigandage leur semble, comme à tous les peuples demi-barbares, un métier des plus glorieux. Les conquérants du Pérou y ont rencontré quelque chose de semblable à la communauté de biens, maintenue sous l'autorité despotique de l'Etat, notamment le partage annuel des terres, distribuées à chaque citoyen selon son rang, et leur exploitation en commun, sous la surveillance d'un employé de l'Etat, et au son de la musique. Les terres constituent presque toute la richesse, au degré de civilisation auquel le Pérou s'était alors élevé; de là, les effets ordinaires d'une situation pareille : un pays comme le Pérou, avec une seule ville, dépourvu de bêtes de travail et de charrue, de métiers et de commerce, ne saurait être un pays riche. Tout le monde sait que la constitution de Lycurgue établissait une sorte de communauté de biens parmi les Spartiates : qu'il nous suffise de rappeler l'éducation commune, les repas pris en commun, le vol autorisé, le commerce interdit, les métaux précieux et, en général, tous les objets de luxe impitoyablement proscrits, les terres partagées entre les citoyens par portions égales et inaltérables, etc. Chez la plupart des peuples modernes, la pensée fondamentale de la constitution territoriale, qui remonte au moyen âge, consiste à n'envisager chaque famille que comme usufruitière, et la communauté comme propriétaire du sol. Cette communauté immobilière se manifeste notamment par la vaste étendue des bois et des pâturages communaux, par l'enchevêtrement des parcelles, dont les détenteurs font de temps en temps l'échange, par une exploitation commune aussi développée que possible. Pendant toute la période du moyen âge, ce n'est pas tant l'individu que la famille, qui passe pour propriétaire des possessions privées ; à la même époque, il existe une masse de biens de mainmorte, de biens de

couvents, caméraux, domaniaux. Ces institutions ont été successivement amoindries, à mesure que la production est devenue plus active et plus abondante. »

La transmission de la propriété par voie d'héritage a son fondement économique comme la propriété elle-même. La suppression de l'héritage ferait disparaître l'épargne, et par suite amoindrirait la production. Les progrès du droit de propriété individuelle ont une grande influence sur le développement du droit de succession. Dans une civilisation peu avancée, la loi consacre le droit de la famille, qu'elle considère presque toujours comme déjà propriétaire du fonds. Plus tard, la liberté de tester se généralise de plus en plus. Toutefois, ces raisons économiques peuvent être combattues par d'autres raisons morales ou politiques.

La propriété foncière a cela de particulier, qu'elle n'a pas pour objet unique un produit du travail et du capital ; elle comprend en outre l'appropriation exclusive d'une force naturelle, laquelle produit une rente. Aussi, M. Roscher constate avec raison que le sentiment absolu de la propriété n'est pas aussi énergique pour les terres que pour les capitaux. Il le devient toutefois de plus en plus, à mesure que la culture devient plus avancée, et qu'elle exige plus de capital et de travail.

Aussi, il y a une relation étroite entre tel ou tel système de culture, et telle ou telle constitution légale de la propriété foncière ; et celle-ci exerce à son tour la plus grande influence sur la constitution de la famille et de l'Etat. On peut lire sur ce sujet un savant travail de M. Roscher, inséré dans les *Archives d'économie politique*, et traduit par M. Wolowski, en appendice aux *Principes d'économie politique*. Ce travail est intitulé : *De la politique de l'agriculture*.

Nous arrivons aux contrats et aux obligations.

Parmi les moyens de production de la richesse figure le crédit, c'est-à-dire, suivant la définition de M. Roscher, la faculté librement acquise de disposer de biens qui ne nous appartiennent pas, contre la simple promesse d'une *contre-valeur*. L'analyse du crédit conduit l'auteur à l'histoire des lois sur les dettes. Il la divise en trois périodes.

Dans la première période, la loi est d'une rigueur excessive. Le capital est rare, les biens sont immobilisés dans les familles.

L'emprunteur ne peut donner d'autre sûreté que sa promesse. Il engage sa personne et son travail, et, s'il refuse de travailler pour acquitter sa dette, le créancier peut le mettre à mort. C'est l'ancien droit d'Athènes et de Rome, c'est celui de tout le moyen âge germanique, et l'on retrouve dans une loi norwégienne le fameux *in partes secanto* de la loi des Douze Tables.

Dans la seconde période, l'accroissement du capital et le progrès des idées morales amènent une réaction favorable au débiteur. Il est admis à faire cession de biens pour conserver sa liberté, et la contrainte par corps n'est plus qu'une garantie accessoire.

Enfin, dans la troisième période, le développement du commerce et des spéculations industrielles amène des sévérités nouvelles contre les débiteurs insolvables ; mais ces sévérités prennent le caractère d'une peine infligée par la puissance publique à l'imprudence et à la mauvaise foi.

Le cautionnement et le gage sont des contrats accessoires et de garantie qui facilitent le crédit, surtout dans la période où la loi rend l'exécution plus difficile.

La théorie des diverses espèces de contrats a beaucoup à emprunter à la science économique. Le droit romain, dans ses classifications, a donné une grande importance à la forme ; il s'est moins préoccupé du fond : aussi ces classifications ne peuvent plus nous suffire. Au point de vue du fond, c'est-à-dire au point de vue économique, on pourrait classer les divers contrats ainsi qu'il suit :

Au premier rang, viendraient l'échange et la vente, comme conséquences de la division du travail et comme moyens de faire circuler les richesses.

Au second rang, viendraient les contrats relatifs à la répartition des richesses produites. Cette répartition se produit sous la forme de rente, d'intérêt ou de salaire. De là le contrat de louage sous toutes ses formes, louage de la terre, louage du capital, louage de services.

Le contrat de société établit une autre base de répartition, plus juste peut-être, à un point de vue abstrait, mais ayant ses inconvénients en même temps que ses avantages.

Ainsi, l'échange, le louage, la société, tels sont les trois types

primitifs auxquels on peut ramener tous les contrats à titre onéreux, sous quelque forme qu'ils se déguisent.

Il suit de là que la théorie des contrats ne se réduit pas à l'opération purement logique d'une interprétation de volonté. La volonté des parties contractantes n'est pas un fait absolument arbitraire et livré au hasard. Elle est dominée par la nature des choses. Elle peut modifier, mais non détruire les relations naturelles des divers facteurs de la richesse. La connaissance exacte de ces relations est donc indispensable au jurisconsulte, et l'on sait qu'elle n'a pas été étrangère aux jurisconsultes romains.

Jusqu'ici nous n'avons parlé que du droit privé. Le droit public n'a pas moins besoin de l'économie politique; mais il est inutile d'insister sur ce point; la chose est trop évidente par elle-même. Nous nous bornerons à signaler dans l'ouvrage de M. Roscher les chapitres intitulés : *Politique du salaire, Politique de l'intérêt, Répartition du revenu national,* la théorie du luxe, et celle de la population.

Tel est, selon nous, l'intérêt que présente aux jurisconsultes l'ouvrage de M. Roscher. On trouvera, du reste, les mêmes considérations plus complétement exposées dans la savante préface de M. Wolowski, intitulée : *De l'application de la méthode historique à l'étude de l'économie politique.* A la fois jurisconsulte et économiste, M. Wolowski était plus compétent que personne pour traiter cette question. Il conclut à l'étroite alliance de toutes les sciences morales : philosophie, histoire, jurisprudence, économie politique; elles ne doivent pas marcher l'une sans l'autre, et l'histoire nous montre qu'elles n'ont jamais marché l'une sans l'autre. Aux autorités citées par M. Wolowski, on peut ajouter celle de Cicéron : le *De officiis* traite de l'utile aussi bien que de l'honnête, et, s'il renvoie à l'école des banquiers pour apprendre les moyens d'acquérir, de placer et d'utiliser la richesse, il ajoute : *Sunt tamen ea cognoscenda. Pertinent enim ad utilitatem de qua hoc libro disputatum est.* R. DARESTE.

Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft : Revue critique de jurisprudence; Heidelberg, 1852-1858.

La *Revue critique* a été fondée en 1852, par MM. Brinckmann, Dernburg, Kleinschrod, Marquardsen et Pagenstecher, *privatdocents* à l'université de Heidelberg. Elle est dirigée aujourd'hui

par MM. Dernburg et Hillebrand, professeurs à Zurich, M. Marquardsen, *privatdocent* à Heidelberg, et M. Stintzing, professeur à Erlangen.

Cette Revue est exclusivement consacrée à l'examen des nouvelles publications relatives à la science du droit. Les plus importantes sont l'objet d'analyses étendues ; toutes, sans exception, sont au moins annoncées dans un catalogue annexé à chaque livraison.

Voici le relevé des ouvrages français examinés dans cette Revue. Il intéressera le public français, et, en même temps, donnera une idée de ce qu'est le recueil.

Boutry, *Essai sur l'histoire des donations entre époux*, par M. Schaeffner.

Wheaton, *Éléments du droit international*, par M. Stockmar.

Kœnigswarter, *Sources et monuments du droit français*, par M. Schaeffner.

Benech, *Études sur les classiques latins appliqués au droit civil romain.*

Revue bibliographique de droit français et étranger, par M. Marquardsen.

Hautefeuille, *De la visite des navires neutres*, par M. Brinckmann.

Baudrillart, *Bodin et son temps*, par M. Marquardsen.

Eschbach, *Introduction à l'étude du droit*, par M. Warnkœnig.

Marcadé, *Éléments de droit civil français*, par M. Fürst.

Revue historique de droit français et étranger, par M. Warnkœnig.

Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, par le même.

D'Espinay, *De l'influence du droit canonique sur la législation française*, par le même.

Textes de droit romain sur la Possession, les Hypothèques et les Donations entre époux, suivis d'un commentaire, par M. E. MACHELARD, professeur de droit romain à la Faculté de Paris. — Paris, Durand, 1856 ; 1 vol. in-8. Prix : 4 fr.

Les derniers règlements universitaires, sur l'enseignement du droit romain, ont eu principalement pour but de familiariser les élèves de nos Ecoles avec l'étude des sources. C'est dans cette pensée que M. Machelard a publié ses études exégétiques sur trois théories importantes : — la Possession, — les Hypothèques, — les Donations entre époux. Les textes sont bien choisis et bien expliqués. Nous espérons revenir bientôt, avec quelques

développements, sur plusieurs des points abordés par l'auteur. Dès à présent, nous signalerons les pages qu'il a consacrées à la théorie, fort en vogue, de l'obligation *corréale*. M. Machelard défend le système ancien, suivant lequel la *consumptio actionis* n'est qu'une déduction extrême du principe de la *novation judiciaire*. La thèse nous paraît exacte, et nous tâcherons de la fortifier par quelques arguments, tirés du développement interne de la jurisprudence romaine. Quant à la méthode générale de l'auteur, nous n'avons pas besoin d'y insister ; les lecteurs de la *Revue historique* ont vu M. Machelard à l'œuvre, dans sa *Dissertation sur l'Accroissement*. Ils savent que, pour la netteté des idées, pour la clarté de la discussion, la Faculté de Paris a trouvé en lui un digne successeur du savant Ducaurroy. G. D.

Observations critiques touchant la force obligatoire des lois, par M. Th. Ymbert, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris. — Brochure in-8 ; Paris, Paul Dupont, 1858.

L'article 1er du Code Napoléon, les ordonnances du 27 novembre 1816 et du 18 janvier 1817 ont réglé la promulgation et la publication des lois en France. La promulgation, comme on sait, résulte de l'insertion au *Bulletin des lois*. La loi est réputée connue à Paris un jour après que le *Bulletin* a été reçu de l'imprimerie impériale par le chancelier ministre de la justice. A ce délai s'ajoute un délai de distance pour les divers chefs-lieux de département.

M. Ymbert n'a pas de peine à montrer les vices de ce système, où la publicité de la loi se trouve rattachée à un fait qui n'est pas public. Il propose de revenir au système qui avait été adopté en l'an VIII, mais en le simplifiant encore. La discussion des lois étant publique, tout se réduit à fixer d'avance le moment précis où la loi deviendra obligatoire. Il suffit donc d'établir deux délais fixes, l'un pour le pouvoir exécutif, afin de promulguer, l'autre pour les citoyens, à l'effet d'exécuter, et ce dernier délai devrait être le même pour toute la France.

Telle est la conclusion fort raisonnable assurément à laquelle arrive l'auteur, après avoir exposé et comparé tous les systèmes de promulgation et de publication successivement usités en France.

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES

AUX DIVERSES ÉPOQUES DU DROIT ROMAIN.

CHAPITRE II.

§ 1. — Incapacités et priviléges créés par les lois Julia et Papia. (Suite[1].)

L'ordre de dévolution quant aux *caduca*, que nous avons exposé comme résultant des dispositions de la loi Papia, ne fut-il maintenu que jusqu'au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne? Une constitution de Caracalla, mentionnée par Ulpien, *Reg.*, tit. XVII, § 2, vint-elle abolir le privilége des *patres*, pour transférer de prime abord au trésor public, jusqu'alors relégué au dernier rang, le droit de prendre les *caduca?* Désormais les incapacités auraient continué à subsister; mais les prérogatives attribuées à la paternité auraient été supprimées : il y aurait toujours eu des peines et des déchéances, mais plus de récompenses.

Le passage d'Ulpien, auquel nous faisons allusion, et qui a donné lieu à une vive controverse, est ainsi conçu, d'après la ponctuation adoptée ordinairement par les éditeurs :

« § 2. *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato jure antiquo liberis et parentibus.*

« § 3. *Caduca cum suo onere fiunt; ideoque libertates et legata et fideicommissa, ab eo data ex cujus persona hereditas caduca facta est, salva sunt : scilicet et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca.* »

Cujas, dans ses notes sur les Règles d'Ulpien, avait supposé le manuscrit altéré par suite d'une transposition de mots. Cet

[1] Voyez *Revue historique*, année 1857, pages 161, 305 et 401, année 1858, page 1..

auteur ne distinguait pas entre l'*ærarium* et le *fiscus;* et comme, pour lui, les priviléges des *patres* n'existaient pas, qu'à ses yeux la loi Papia n'avait songé qu'à enrichir le trésor, en respectant uniquement les intérêts des ascendants ou descendants du testateur, Cujas pensait qu'il fallait déplacer cette portion du texte : *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini.* Suivant lui, le paragraphe 2 devait commencer de la sorte : *Omnia caduca...* Ulpien aurait ainsi exprimé d'abord le droit général du fisc à la *caducorum vindicatio,* sauf la réserve du *jus antiquum* au profit des *liberi* et des *parentes.* Ce n'est qu'après cette première proposition, dérivant de la loi même et non d'une constitution impériale, qu'il faudrait faire intervenir le changement apporté en cette matière par Caracalla. Dès lors, pour rétablir à la place qui leur appartient les mots *Hodie ex...*, on devrait les mettre en tête du paragraphe 3, et les réunir à ce qui concerne les charges inhérentes à l'attribution des *caduca*, c'est-à-dire la nécessité imposée au fisc, qui seul profiterait de la *caducorum vindicatio*, de supporter les affranchissements, legs ou fidéicommis, dont le défunt aurait grevé celui dont la part devient caduque.

L'explication proposée par Cujas est restée sans écho. Elle a le tort de faire subir au texte une inversion complétement arbitraire, et elle ne repose, comme nous l'avons dit, que sur de fausses données historiques quant au plan de la loi Papia[1]. Aussi Godefroy et Heineccius se sont-ils accordés à repousser la correction de Cujas; ils n'ont vu dans la constitution de Caracalla que la pensée de dépouiller l'*ærarium* ou trésor du peuple, pour enrichir le *fiscus*, c'est-à-dire le trésor du prince, changement bien plus en harmonie avec les habitudes de Caracalla.

Ce système a été à son tour attaqué par un grand nombre d'auteurs modernes, qui ont assigné une bien plus grande portée à la conception de Caracalla, et qui ont compris sa constitution

[1] Si le système de Cujas était vrai, on ne saurait trop s'étonner de l'humeur libérale qui aurait dicté une pareille constitution à Caracalla, prince fort renommé pour son esprit de fiscalité; car il aurait imaginé de soumettre le fisc à une charge qui jusqu'alors n'aurait pas pesé sur lui. Mais il n'est pas douteux que la règle, qui assujettissait le fisc recueillant une hérédité à accepter les *onera* imposés à celui dont il prenait la place, était établie avant Caracalla. Elle se trouve énoncée par des jurisconsultes d'une époque antérieure, par Julien, dans la loi 96, § 1, *De legat.* 1°, et d'une manière générale par Gaïus, dans la loi 14, *De jur. fisc.*

comme opérant une suppression pure et simple, au profit du fisc, des priviléges des *patres*. Nous ignorons à qui revient l'initiative de cette interprétation ; nous la rencontrons pour la première fois, à notre connaissance du moins, énoncée par Keller, p. 458 de son précieux traité de la litiscontestation, qui a paru à Zurich, en 1827. Seulement Keller n'a pas la prétention d'enseigner une nouveauté, car il fait observer (note 4) que l'ancienne opinion de Godefroy et d'Heineccius a été généralement abandonnée et qu'on ne doutait plus, à l'époque où il écrivait, que l'intention de Caracalla n'eût été de *confisquer* le *jus patrum*. Cette thèse reçut, en 1828, des développements dans le travail de M. Rudorff sur la *caducorum vindicatio*, que nous avons déjà plusieurs fois cité. Suivant cet auteur, l'opposition entre l'*ærarium* et le *fiscus* perdit toute son importance depuis que la nomination des *prœfecti ærarii* fut faite par l'empereur, ce qui commença sous Néron. Plus tard et avant Caracalla, la distinction s'effaça complétement ; le *fiscus* et l'*ærarium* devinrent des synonymes pour désigner uniformément le trésor public. En supposant que la gestion des deux caisses eût été encore séparée, cette différence était trop peu considérable et avait un caractère trop purement administratif pour qu'Ulpien dût la mentionner, sans s'écarter du plan d'un ouvrage élémentaire. Ces difficultés ne s'évanouissent que si l'on admet que Caracalla a voulu supprimer la *caducorum vindicatio* au profit des particuliers, et la conserver uniquement dans l'intérêt du trésor public, c'est-à-dire du *fiscus* et de l'*ærarium* réunis. C'est ainsi seulement, ajoute-t-il, qu'on peut expliquer cette réserve indiquée dans le texte : *sed servato jure antiquo liberis et parentibus*.

On ne peut nier, en effet, que la mention de cette réserve ne fournisse un argument très-puissant à l'opinion de M. Rudorff, si le texte d'Ulpien doit conserver la ponctuation habituelle. C'est là le motif qui a paru concluant à M. d'Hautuille, p. 133 et suiv.; il n'admet même pas les restrictions apportées par MM. Keller et Rudorff à leur manière d'entendre la constitution de Caracalla, restrictions fort importantes, dont nous allons parler, et qui enlèvent beaucoup de sa gravité à l'opinion soutenue par ces auteurs. Pour M. d'Hautuille, le *jus patrum* a disparu complétement de la législation romaine depuis la constitution de Caracalla ; et cette suppression radicale et sans retour a été également

adoptée par nos commentateurs des Institutes les plus accrédités, par MM. Ortolan, Etienne et de Fresquet.

Cependant une critique sérieuse a été élevée contre le sens donné par ces différents auteurs à la constitution de Caracalla ; et beaucoup d'esprits ont été ramenés à maintenir l'ancienne théorie, c'est-à-dire la simple substitution du *fiscus* à l'*ærarium*. C'est notamment la doctrine qui a toujours été enseignée par notre judicieux et savant prédécesseur, M. Ducaurroy. Il est difficile, en effet, de comprendre, si les prérogatives attachées à la paternité quant aux *caduca* avaient été anéanties sous Caracalla, que l'on trouve encore ce droit mentionné, comme étant en vigueur, par des jurisconsultes contemporains de cet empereur, et qui lui ont même survécu, tels qu'Ulpien et Paul. Or, non-seulement la *caducorum vindicatio* en faveur des *patres* nous apparaît comme une règle toujours pratiquée dans les écrits de ces jurisconsultes ; mais, de plus, jusqu'au dernier moment, jusqu'à l'abrogation complète des lois caducaires, nous savons, par le témoignage exprès de Justinien, au paragraphe 14 de la constitution *De cad. toll.*, que le fisc était encore rejeté au dernier rang (*fiscum nostrum ultimum ad caducorum vindicationem vocari*). Enfin, le même Ulpien, qui écrivit ses *Regulæ* sous l'empire de la constitution de *Caracalla* (*Hodie*, dit-il), dans deux autres passages de cet ouvrage (tit. I, § 21, et tit. XXV, § 17), nous offre des décisions qui ne se comprennent que par l'application du *jus patrum*.

A ces objections qui nous paraissent irrésistibles, MM. Keller et Rudorff opposent deux réponses, qui, à nos yeux, se contredisent entre elles. D'une part, ils font observer que souvent les jurisconsultes romains continuaient à énoncer des propositions de droit antérieur, bien qu'elles eussent été abrogées, ce qui expliquerait comment Ulpien et Paul ont encore parlé du *jus patrum*, nonobstant son abolition. Toutefois, ces auteurs n'ont pu se dissimuler combien il était peu croyable que tant de fragments où sont traitées des questions pratiques n'eussent trait qu'à une législation morte, sans que rien laissât soupçonner qu'elles avaient perdu leur intérêt actuel, et qu'elles devaient recevoir une autre solution en vertu de principes nouveaux. Aussi sont-ils conduits à faire cette concession importante, que sans doute la réforme de Caracalla ne fut que transitoire, et

que le successeur immédiat de cet empereur, Macrin, se serait empressé de restituer aux *patres* le *jus caduca vindicandi*, dont ils avaient été quelque temps dépouillés. Mais, si la constitution de Caracalla n'a joui que d'une durée éphémère, le règne de ce prince ayant été assez bref, il n'est pas nécessaire de supposer que Paul et Ulpien, qui ont écrit principalement sous Alexandre Sévère, n'aient songé qu'à donner des renseignements historiques dans les textes nombreux qu'ils nous ont laissés sur les lois caducaires. Au fond, on le voit, l'opinion de Keller et de Rudorff, avec le tempérament qu'ils admettent, aboutit en définitive, sauf un intervalle de quelques années, au même résultat que le système d'Heineccius que nous préférons, puisqu'il est certain que l'*ærarium* et le *fiscus* ont fini par se confondre. Ce qui est essentiel et ce que nous regardons comme positif, c'est le maintien de la *caducorum vindicatio* en faveur des particuliers ; et, s'il était vrai qu'elle subit une suspension temporaire, cette prérogative, de l'aveu de Keller et de Rudorff, ne tarda point à être remise en vigueur.

Malheureusement il n'est pas possible d'accepter la base sur laquelle s'appuient les savants professeurs de Berlin pour attribuer à Macrin la restauration des priviléges des *patres*. Ils invoquent à ce sujet un passage de Dion Cassius, le chapitre XII du livre LXXVIII[1]. Mais, comme l'a très-bien fait observer Schneider, p. 190, ce passage n'est relatif qu'à l'abolition du doublement de l'impôt sur les hérédités (*vicesima hereditatum*), qui du vingtième avait été élevé par Caracalla au dixième. La portée qu'on doit donner au texte de Dion est nettement déterminée par le lien qui existe entre la décision émanée de Macrin et celle que précédemment l'historien impute à Caracalla dans le chapitre IX de son livre LXXVII, où il raconte que cet empereur porta du vingtième au dixième l'impôt sur les hérédités, en ajoutant que, pour rendre ce surcroît plus productif, il imagina de conférer le droit de cité à tous ceux *qui in orbe romano erant*. On ne trouve nulle part dans Dion Cassius la trace d'une expropriation des *patres* au profit du fisc, qui aurait été consommée par Caracalla, non plus que d'une réforme à cet égard de

[1] Walter, n° 651, admet également la suppression du *jus patrum* par Caracalla, puis son rétablissement ultérieur ; seulement, il n'indique pas à quelle époque aurait eu lieu ce rétablissement.

la part de Macrin. Il faut donc renoncer à l'expédient proposé par Keller et Rudorff, afin d'expliquer la persistance du *jus patrum*. Nous restons dès lors en présence de la constitution de Caracalla, qui doit être interprétée comme ayant laissé intacts les priviléges concédés à la paternité.

Pour donner cette signification à la constitution dont il s'agit, nous rappellerons d'abord les arguments puissants que fournit la mention persévérante du *jus patrum* indiqué comme étant toujours en vigueur par les jurisconsultes contemporains ou postérieurs, et surtout le témoignage d'Ulpien, qui, dans ses *Regulæ*, fait plusieurs fois l'application de ces priviléges. Il serait manifestement en contradiction avec lui-même, si tantôt il parlait de la *caducorum vindicatio* au profit des *patres* comme d'une faveur abolie, tantôt il la présentait comme une institution ayant conservé toute sa force. Le véritable embarras gît uniquement dans cette partie du texte : *Sed servato jure antiquo liberis et parentibus*. Tant qu'on n'isole pas cette réserve de ce qui précède, il est clair qu'on ne peut l'expliquer qu'en y voyant une exception, au profit des *liberi* et des *parentes*, d'une mesure de confiscation atteignant d'autres personnes. Si tous les anciens privilégiés furent respectés, s'il ne s'agissait que de transférer au fisc les droits de l'*ærarium*, il était inutile d'établir un contraste entre deux prérogatives, celle du *jus antiquum* et celle du *jus patrum*, qui devaient continuer à subsister l'une aussi bien que l'autre.

Le nœud de la difficulté a été ingénieusement tranché par Schneider, p. 193. Cet auteur rejette comme fausse la division donnée ordinairement au texte d'Ulpien, tel que nous l'avons cité plus haut. Cette division, fait-il observer, ne doit point nous asservir, parce que le manuscrit d'Ulpien n'en contient aucune, et que le caprice des éditeurs ne peut faire loi. Suivant Schneider, le paragraphe 2 du titre XVII doit se terminer après le mot : *Vindicantur*, et se borner à cette proposition : *Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur*. Ulpien indiquerait par cette phrase le seul changement apporté par Caracalla à l'ancien ordre de choses, à savoir la substitution du *fiscus* à l'*ærarium*. Mais la constitution s'abstenait de toute atteinte aux prérogatives de ceux qui excluaient jadis l'*ærarium*, et qui continueront à exclure le *fiscus*. Caracalla entendait laisser subsister le *jus vindicandi* des *patres*, tout aussi bien que le *jus*

antiquum des *liberi* et des *parentes*. Quant à ces expressions : *Sed servato*, etc., elles doivent ouvrir le paragraphe suivant et se lier à celles-ci : *Caduca cum suo onere....* Ici le jurisconsulte, quant à la nécessité de subir les *onera*, mettrait en opposition la prérogative des ascendants ou descendants, le *jus antiquum*, d'une part, et de l'autre la prérogative des *patres*, le *jus caduca vindicandi*.

Nous accorderons, si l'on veut, que cette nouvelle disposition donnée au texte d'Ulpien est quelque peu forcée et que l'ancienne division a l'avantage de se présenter plus naturellement. Néanmoins la ponctuation de Schneider n'offre rien d'absolument choquant et qui contraigne à la repousser ; aussi, en présence des impossibilités contre lesquelles on se heurte dans le système qui attribue à Caracalla l'abolition du *jus patrum* pour fonder sur sa ruine le droit exclusif du fisc, tandis que jusqu'à Justinien le fisc nous apparaît constamment comme venant en dernière ligne, nous n'hésitons pas à donner la préférence à un changement dans la division ordinairement adoptée pour le texte du titre XVII [1].

L'opinion émise par Schneider en 1837 a trouvé des partisans en Allemagne. Elle a été presque aussitôt approuvée et confirmée par M. Huschke [2], qui a signalé un nouvel argument en sa faveur. Cet auteur fait observer que le paragraphe 9 du *fragmentum*

[1] Il nous paraît possible de sauver l'invraisemblance que présente la division proposée par Schneider, et qui résulte surtout de ce qu'en séparant trop complétement de ce qui précède les mots : *Sed servato...*, il admet qu'Ulpien avait ouvert ici un nouveau paragraphe. Il suffit pour cela de fondre en un seul paragraphe le texte entier, à partir du mot *hodiè* jusqu'à la fin du titre, et de placer seulement un point et virgule après *vindicantur*. Telle est la leçon suivie par Ramos del Manzano, auquel revient en réalité le mérite d'avoir trouvé l'explication reproduite et développée par Schneider. Voyez le traité de cet auteur *Ad leges Juliam et Papiam Poppæam*, liv. IV, *Reliq.*, XXXVII, n° 4, dans le tome V du *Trésor de Meermann*, p. 517. Le jurisconsulte espagnol avait pensé, lui aussi, que Caracalla n'avait fait autre chose que transférer au *fiscus* les droits de l'*ærarium*. Quant à ces mots : *Sed servato...*, il est d'avis de les réunir à ce qui suit, de telle sorte qu'à ses yeux Ulpien exprimerait, sous la réserve des prérogatives du *jus antiquum*, la nécessité pour ceux qui profitent du *caduca* de subir les charges imposées aux personnes dont ils viennent prendre la place.

[2] *Richt. Iarhb.*, 1838, p. 321.

De jure fisci, ordinairement attribué à Paul, indique une autre disposition, sans doute antérieure à la constitution de Caracalla, qui a également pour but de substituer le *fiscus* à l'*ærarium*; il en conclut que la fusion entre les deux caisses n'était pas assez complète à cette époque pour que les jurisconsultes ne prissent pas la peine de tenir compte des droits afférents à l'une plutôt qu'à l'autre. Aussi M. Huschke pense t-il avec raison, selon nous, que Schneider est dans l'erreur, quand il suppose que c'était au profit de sa cassette privée, de la *ratio Cæsaris* par opposition au *fiscus* proprement dit, que Caracalla dépouilla le trésor public. Plus tard, en 1840, M. Danz [1] a adopté sans aucune restriction le thème développé par Schneider [2].

Cette exemption des *onera*, qui formerait l'apanage du *jus antiquum* par opposition à la *caducorum vindicatio*, nous offre toutefois une des difficultés sérieuses de la matière, quand il s'agit de fixer la durée dont a joui cette prérogative. Rappelons d'abord quelle en était la portée. Déjà nous avons dit précédemment que si le droit d'accroissement laissait l'héritier qui profite de la part défaillante étranger aux charges grevant cette part, cela ne devait s'entendre que des charges spécialement imposées au défaillant et non de celles que le testateur avait voulu faire porter proportionnellement sur chaque fraction de la masse héréditaire. Comme il ne s'agissait pas, dans le premier cas, d'une véritable délibation de l'hérédité, mais d'une obligation particulièrement assignée à telle personne, on comprend, ainsi que nous l'avons dit, que cette obligation ne fût pas transférée à celui qui, recueillant par l'effet de l'accroissement, ne venait pas précisément prendre la place d'un autre, mais ne faisait qu'user de son propre droit devenu plus complet, grâce à l'absence d'un rival. Il ne dut pas en être de même à l'égard du *pater*, qui bénéficiait de la déchéance d'une part caduque. L'idée d'une substitu-

[1] *Lehrb.*, t. II, § 158.

[2] Le système que nous embrassons est loin d'avoir rallié tous les suffrages. Walter, dans sa deuxième édition publiée en 1846, repousse l'explication de Schneider. Nous regrettons aussi d'avoir pour adversaire notre judicieux collègue, M. Pellat, qui, dans son *Manuale*, s'en tient à l'ancienne division du texte, bien qu'il connaisse et cite en note la nouvelle ponctuation.

tion écrite en sa faveur dans la loi fut, à notre avis, le point de vue qui servit à expliquer la *caducorum vindicatio*, d'où la conséquence que le substitué devait accepter les inconvénients comme les avantages de la position qu'il voulait occuper. Cette conclusion était si naturelle qu'à notre sens la constitution de Sévère et d'Antonin, dont parle plusieurs fois Ulpien, et qui décida que, malgré le silence du testateur, les charges imposées à l'institué devaient être aussi répétées à l'égard du substitué, ne nous paraît que la consécration légale d'une opinion qui, déjà, en pratique, devait avoir ses partisans[1].

Nous pensons que cette constitution a fini par exercer une influence mortelle sur l'ancienne faveur réservée au *jus adcrescendi*, lequel s'était maintenu au profit de quelques personnes sous le nom de *jus antiquum*. Mais, avant d'arriver aux conséquences que les jurisconsultes firent produire à la décision de Sévère et d'Antonin pour atteindre le droit d'accroissement, il importe d'établir quelle était la doctrine antérieure, dont le renversement est ordinairement daté de cette constitution. Ainsi Pothier, *Pandect.*, nos 303 et 304, admet l'opinion commune, suivant laquelle, jusqu'à la constitution qui nous occupe, les héritiers auraient

[1] Doneau, liv. VIII, ch. XXIX, n° 7, présente le meilleur argument en faveur de cette interprétation de la volonté du testateur, quand il fait cette observation : « *Neque enim magis dilexit substitutum quam institutum, sed minus.* » Notre système est celui de Cujas, tract., II, *Ad Afric.*, sur la loi 15, *De jur. codic.*, t. I, c. 1269 ; de Favre, *Conject.*, liv. IV, ch. XIII ; et il a été récemment adopté par M. Fein, continuateur après Mühlenbruch du grand ouvrage de Glück, voy. t. XLIV, § 1511, c. p. 268. — En partant de cette idée, on ne doit pas s'étonner de rencontrer des textes de jurisconsultes antérieurs à la constitution de Sévère, où l'on voit le substitué soumis aux charges imposées à l'institué, tels que les paragraphes 4 et 5 de la loi 87, *Ad leg. Falcid.* Nous ne croyons pas nécessaire, pour expliquer ces textes, d'y sous-entendre cette circonstance que le testateur aurait formellement grevé le substitué des mêmes charges que l'institué, supposition admise (*Obs.*, liv. IV, ch. XXXV, et liv. XXIX ; *Quæst. Papin.*, sur la loi 11, § 7, *Ad leg. Falcid.*) par Cujas, qui semble avoir oublié ce qu'il avait écrit précédemment, et répétée par Pothier (*Pandect.*, *Ad leg. Falcid.*, n° 73), ainsi que par d'autres auteurs modernes, notamment par M. de Wangerow (*Lehrb. der Pand.*, § 535, *anmerk* I). La constitution de Sévère et d'Antonin a fait prévaloir l'avis qui nous paraît le plus raisonnable, mais qui cependant n'était point partagé par tous les jurisconsultes. Ainsi, Scævola, dans la loi 14, § 1, *De jur. codic.*, est positif pour ne pas imposer tacitement au substitué les charges dont l'institué était grevé.

exercé le *jus adcrescendi*, sans être tenus des charges particulièrement imposées au cohéritier défaillant. Il invoque à cet égard, comme nous l'avons déjà fait, un texte précieux échappé à l'inadvertance des compilateurs, et qui nous a conservé une trace des priviléges du *jus antiquum* devenu sans application sous Justinien. Ce texte est la loi 29, § 2, *De legat.* 2°, due à la plume de Celse, jurisconsulte contemporain d'Hadrien. « *Si* FILIO *heredi pars ejus a quo* NOMINATIM *legatum est* ADCRESCIT, *non præstabit legatum quod* JURE ANTIQUO *capit.* » Ce fragment est, de l'aveu général, la base la plus solide du système qui attribue au droit d'accroissement, réduit alors à des limites fort étroites, une faveur que n'obtint pas le *jus caduca vindicandi*, à l'égard duquel s'établit cette maxime : « *Caduca cum suo onere fiunt.* »

Toutefois, pour prolonger jusqu'au commencement du troisième siècle la durée de l'exemption des *onera* à l'égard du *jus adcrescendi*, il est indispensable de concilier cette thèse avec la règle bien connue, qui servait à calculer la quarte Falcidie, au cas de réunion sur la même tête de deux parts héréditaires inégalement grevées de legs : « *Portione gravata adcrescente portioni non gravatæ, quarta deducitur ; portione non gravata adcrescente portioni gravatæ quarta non deducitur.* » Cette règle est habituellement appliquée à l'hypothèse de l'accroissement, ce que font tous les auteurs, notamment Pothier, *Pandect.*, *Ad legem Falcidiam*, n° 71. Or, le texte le plus précis sur lequel se fonde la règle est la loi 78 *Ad leg. Falcid.*, qui appartient à Gaïus, c'est-à-dire à un jurisconsulte qui écrivait avant Sévère et Antonin. Si Gaïus a eu en vue le droit d'accroissement proprement dit, que devient la faveur encore réservée de son temps à ceux qui recueillaient *jure antiquo*, ce qui signifie par l'effet de l'accroissement? En réalité, elle n'existerait pas, puisqu'ils seraient tenus de payer les legs afférents à la part défaillante, bien que cette part ait été grevée d'une façon particulière, comme le prouve l'inégalité de condition faite aux divers institués. Nous ne voyons point que les commentateurs se soient guère préoccupés de cette objection sérieuse, qu'il est permis d'élever contre la doctrine courante de l'exemption des *onera* au profit du *jus adcrescendi*.

Il nous semble qu'on peut répondre à l'objection, en faisant observer qu'il n'y a rien dans la loi 78 qui accuse cette idée que

son auteur songeât au *jus adcrescendi*. La chose est peu probable, si l'on se souvient qu'à cette époque l'accroissement entre héritiers institués n'avait plus qu'une application fort restreinte. Gaïus suppose que de deux institués un seul reste héritier, *alter-utro eorum deficiente*. Mais, du temps de Gaïus, quand il y avait une portion héréditaire *deficiens*, on devait appliquer à cette portion d'hérédité ce que le même auteur nous dit dans ses commentaires, II, § 206, à l'occasion de la part d'un colégataire *deficiens* : « *Ante legem Papiam portio deficientis jure civili* ADCRESCEBAT ; *post legem vero Papiam deficientis portio* CADUCA *fit*, » ce qui est confirmé par Ulpien, *Reg.*, tit. XXIV, §§ 12 et 13. La caducité était effectivement la règle générale quant aux institutions en défaillance, de même que pour les portions de legs.

D'autres textes, dont les expressions sont plus transparentes pour laisser apercevoir l'application des lois caducaires, viennent autoriser l'explication que nous proposons. Nous citerons en ce sens la loi 1, § 14, *Ad leg. Falcid.*, où l'on voit un héritier réunir à sa part une autre part au moyen d'une *vindicatio* : « *Si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra, et illam* VINDICAVERO. » Cette *vindicatio* indique clairement l'exercice du privilége des *patres*, privilége qui était facultatif pour eux, ainsi que nous l'établirons plus tard, et qui supposait une *vindicatio* de leur part, tandis qu'il n'y avait rien de semblable en matière d'accroissement, lequel s'opérait *ipso jure*, même contre le gré de l'héritier qui avait une fois fait adition pour sa part. La loi 1, § 14, *eod. tit.*, nous prouve que longtemps avant Septime Sévère la *vindicatio partis caducæ* n'avait lieu que *cum onere*, puisqu'elle nous révèle un dissentiment survenu, quant à la portée de l'*onus*, entre les deux chefs des écoles fameuses, Cassius et Proculus. Le premier prétendait qu'on devait toujours faire masse des deux parts, de sorte que l'héritier non surchargé pour sa part n'eût point profité de cette circonstance en usant de la *caducorum vindicatio* relativement à une part surchargée, tandis que Proculus voulait que dans ce cas l'on maintînt les deux parts distinctes pour opérer le calcul de la Falcidie[1]. Un semblable débat se

[1] Ce fragment nous démontre avec évidence que les jurisconsultes romains étaient divisés sur la question de savoir comment devaient être réglés les *onera*, quand il y avait réunion dans les mêmes mains de deux parts héréditaires. Il doit, par conséquent, nous mettre en garde contre la préten-

conçoit, s'il a trait à deux parts d'hérédité réunies en une seule

tion de concilier les différents textes sur cette matière, qui a fait le désespoir des plus habiles commentateurs. Cujas, en expliquant la loi 87, §§ 4 et 5, *Ad leg. Falcid.*, qu'il rapproche de la loi 1, § 14, ne se décide, dit-il, que *post multam et variam mentis suæ huc et illuc agitationem et curam.* Ailleurs, dans ses leçons sur les Questions de Papinien, à l'occasion de la loi 11, § 7, *Ad leg. Falcid.*, contrariée par la loi 87, § 8, il déclare qu'il n'y a point de passage plus obscur que ce dernier (*quo loco nullus est obscurior*), et il abandonne le lendemain la solution qu'il avait adoptée la veille. Favre a également varié sur ce point; dans le chapitre XIV du livre XVIII de ses Conjectures, il rétracte le système qu'il avait soutenu au chapitre XIII du livre IV, en rejetant la responsabilité de son erreur sur Tribonien. — Sans nous engager dans les détails de cette matière compliquée, nous croyons qu'il faut admettre comme exactes ces deux règles opposées : d'une part, *portio adcrescens sine onere adcrescit*; de l'autre, celle-ci, *caduca cum suo onere fiunt.* Seulement, quand il y avait caducité, certains jurisconsultes pensaient que le *patçr*, dont la part était libre, devait conserver cet avantage, et exercer la réduction de la Falcidie séparément sur la part caduque. D'autres étaient d'avis de la réunion dans tous les cas des deux parts, débat qui nous est attesté par la loi 1, § 14. Paul partageait la première opinion, qui est aussi celle de Gaïus dans la loi 78; et, sur ce point, ce dernier jurisconsulte ainsi que Julien se séparaient l'un et l'autre, quoique Sabiniens, de la doctrine de Cassius. Cette distinction paraît avoir prévalu, malgré une décision contraire d'Antonin, qui ne rallia point les jurisconsultes dissidents. Cujas, qui avait d'abord proposé d'effacer la négation dans le texte du paragraphe 14, a fini par y renoncer. La correction est, en effet, condamnée par les Basiliques. — Quand la réunion s'opérait par l'effet d'une substitution, Paul restait fidèle à la même distinction, suivant que la part d'institution pure et simple était libre ou surchargée, comme le prouve la loi 1, § 13; et Papinien, dans la loi 11, § 7, se range à cet avis. Mais il est bien difficile de ne pas apercevoir une autre doctrine dans Julien, loi 87, §§ 4 et 5, *Ad leg. Falcid.* — Tous ces textes sont étrangers à l'accroissement, qui en pratique avait conservé bien peu d'application. Suivant nous, il continua à jouir jusqu'au temps d'Ulpien de son ancienne prérogative, l'exemption des *onera.* Mais remarquons que si l'héritier exerçant le *jus adcrescendi* n'avait pas à supporter les charges particulières à la part vacante, d'un autre côté, il avait l'inconvénient de voir sa position aggravée vis-à-vis de ses propres légataires, lesquels devaient profiter de l'augmentation des droits de leur débiteur. Ce dernier, en effet, recueillait les deux parts en vertu de son institution; et la règle était qu'on imputait sur la Falcidie tout ce que l'héritier prenait *jure hereditario*, l. 91, *Ad leg. Falcid.* Cette ruine totale pour certains légataires, tandis que d'autres étaient favorisés exclusivement, dut à la longue paraître injuste; et l'on conçoit que la jurisprudence, s'aidant de la constitution de Sévère, ait fini, comme nous l'établissons dans le texte, par étendre à l'accroissement la règle plus équitable qui était appliquée en cas de caducité ou de substitution.

main par l'effet des lois caducaires ; mais il devient inexplicable quand on suppose avec Pothier, *Pandect.*, *Ad legem Falcidiam*, n° 73, et d'autres auteurs, qu'il s'agit ici du *jus adcrescendi ;* sinon, il faut renoncer à la doctrine de Celse, généralement admise, suivant laquelle, jusqu'à la constitution de Sévère, le droit d'accroissement fut gouverné par la règle : *Portio sine onere adcrescit.*

Enfin, un autre fragment, d'une époque également antérieure à Sévère et Antonin, la loi 28 *De legat.* 2°, qui émane de Marcellus, démontre encore que si, dès ce moment, les *onera* s'attachaient à ceux qui prenaient une part défaillante, c'est quand ils la recueillaient par le bénéfice des lois caducaires. Marcellus suppose un patron institué pour la part qui lui était due en vertu de l'édit du préteur (*ex debita parte institutus*) ; il a été, en outre, grevé d'un fidéicommis. Si le patron acceptait, le fidéicommis serait nul, la *pars debita* ne pouvant être diminuée ; mais le patron répudie l'institution ; dans ce cas, ceux qui bénéficient de la répudiation se trouveront grevés d'une charge qui n'aurait pas pesé sur celui qu'ils remplacent. Quant aux personnes qui recueillent, il ne s'agit pas, ainsi que le pense Pothier, *Pandect. De legatis*, n° 104, d'un cohéritier venant *jure adcrescendi* ou d'un substitué, mais bien des *patres* appelés à la portion défaillante par la loi Papia. Marcellus s'exprime en effet ainsi : « *Qui eam partem vindicant* », ce qui est le langage usité à l'égard de ceux qui usent des prérogatives créées par la législation caducaire.

En nous débarrassant ainsi des textes anciens qui sembleraient faire remonter très-loin pour le *jus adcrescendi* la perte du privilége qui nous occupe, nous arrivons à la constitution de Sévère et d'Antonin. Cette constitution a-t-elle eu pour résultat direct de dépouiller le droit d'accroissement de la faveur dont il avait joui jusque-là ? Pothier, *Pandect.*, *De legatis*, n° 304, résout la question affirmativement ; et il tire argument, à cet effet, de la loi 77, § 7, *De legat.* 2°. Ce fragment ne nous semble pas avoir la portée que lui donne Pothier, parce que rien ne prouve que, dans l'espèce prévue par Papinien, la part héréditaire de la fille, grevée du fidéicommis, fût échue à des cohéritiers qui pouvaient invoquer le *jus antiquum.* Suivant nous, la constitution impériale, qui réglait uniquement le sort du substitué, ne dut pas, immédiatement du moins, s'appliquer à l'héritier

qui recueillait en vertu de l'accroissement ; et, si la décision fut étendue à cette hypothèse, ce ne fut que par la voie d'une interprétation bien large. La différence entre les deux cas est grande en effet. Le substitué n'est appelé qu'à défaut d'un autre ; prenant la place de l'institué, il doit naturellement la prendre telle quelle. Au contraire, dans les idées romaines, tout héritier institué pour une part quelconque l'est par cela même virtuellement pour toute l'hérédité. Quand il accepte l'institution, il se soumet à être le représentant du défunt *in universum*. Cette représentation est seulement susceptible d'être diminuée par l'exercice de droits semblables au sien, dont la simultanéité amène un partage uniquement dû à ce concours ; mais si ces causes de restriction ne se produisent pas, l'héritier, qui ne rencontre point de rivaux, est censé avoir toujours été héritier pour le tout. De là vient que, quand la défaillance des cohéritiers ne se manifeste qu'après le décès de l'institué qui a fait adition, les héritiers de ce dernier n'en profitent pas moins de l'accroissement, par opposition aux héritiers du substitué qui n'a pas survécu à la défaillance de l'institué. Il n'y a donc point, alors que l'accroissement s'opère, ouverture d'un nouveau droit d'hérédité ; il y a seulement absence de réduction pour un droit antérieur jusque-là menacé d'être amoindri. Si l'on était resté fidèle à ce point de vue, qui était celui de l'ancienne jurisprudence, on aurait dû s'abstenir de faire tomber le droit d'accroissement sous le coup de la règle que les empereurs Sévère et Antonin firent prévaloir avec raison à l'égard du substitué. Aussi pensons-nous que la vieille prérogative du *jus adcrescendi* résista quelque temps à subir le joug de cette constitution ; et nous estimons qu'Ulpien partageait encore cette opinion quand il écrivit ses *Regulæ*, où nous avons trouvé constaté, suivant la division que nous donnons au texte, le maintien des priviléges du *jus antiquum*, relativement aux *onera*.

Cependant nous ne pouvons nous dissimuler que le même jurisconsulte ne se soit résolu, en considération de la constitution de Sévère, à abandonner la faveur longtemps réservée au *jus adcrescendi*. Ce changement de doctrine, avec la cause qui l'a produit, se trouve justifié à notre avis par la loi 61, § 1, *De legat*, 2°. Il s'agit, dans ce texte, d'une succession *ab intestat*. Or, cette espèce de succession était restée étrangère aux prescrip-

tions des lois caducaires, et l'on continuait à y observer comme anciennement le droit d'accroissement. Néanmoins la jurisprudence, par extension du rescrit de Sévère, soumit l'héritier légitime, qui recueillait la part de son cohéritier, à la nécessité d'exécuter le fidéicommis dont le défunt avait grevé celui qui répudiait. Il est vrai qu'Ulpien, qui, dans la loi 61, § 1, donne cette interprétation au rescrit de Sévère, nous apprend qu'autrefois la décision eût dû être différente, et que telle était en effet la doctrine de Julien. Cette doctrine s'appuyait sur la règle qui exprime l'ancienne prérogative du droit d'accroissement : « *Portionem enim ad coheredem sine onere pertinere.* » Mais Ulpien ajoute que cet état de choses a été modifié par le rescrit en question, par suite duquel l'héritier légitime, profitant de l'accroissement, fut assimilé à un substitué, et, dès lors, tenu des charges de son cohéritier. « *Et hic* QUASI SUBSTITUTUS *cum suo onere consequetur* ADCRESCENTEM *portionem.* » Si l'accroissement entre cohéritiers est désormais réglé par les principes de la substitution, y a-t-il lieu de rechercher si cet accroissement s'opère en faveur d'un cohéritier *ab intestat*, ce qui était général, ou en faveur d'un cohéritier institué, ce qui était une exception limitée aux *liberi* et aux *parentes?* Nous n'apercevons pas de différence entre ces deux applications de l'accroissement. Il repose, dans l'un et l'autre cas, sur cette idée que chaque héritier est appelé à l'universalité de la succession, à défaut d'autres héritiers, ce qui est vrai pour l'héritier institué comme pour l'héritier légitime. Aussi voyons-nous les empereurs Dioclétien et Maximien décider, dans la loi 4 C. *Ad senatusconsultum Trebell.*, que la répudiation d'un héritier institué grevé d'un fidéicommis transférera au cohéritier la charge du fidéicommis ; et cette décision est présentée comme une application de la constitution d'Antonin relative aux substitués [1].

Schneider, p. 195, s'est efforcé de sauver la persistance de l'exemption des *onera* au profit du *jus antiquum*, malgré l'assi-

[1] Dans l'espèce prévue par la loi 4, c'est l'aïeule du testateur qui était grevée du fidéicommis et qui répudie. L'autre héritier, qui recueille la part répudiée, est désigné comme un *nepos*, ce qui peut être un fils tout aussi bien qu'un frère du testateur, l'expression *nepos* étant générale pour les descendants. La part vacante serait donc réglée *jure antiquo, jure adcrescendi* plutôt que *jure caducorum vindicationis.*

milation à la substitution qui finit par prévaloir depuis la constitution de Sévère et d'Antonin. Suivant lui, cette assimilation, par suite de laquelle il y avait transmission des *onera*, n'est vraie qu'autant que l'héritier institué recueillerait une part vacante en vertu de la règle : « *Nemo partim testatus...* » Si, au contraire, il ne venait qu'à raison de sa propre institution prendre la part de celui avec lequel il était *re conjunctus*, il devait continuer à jouir du bénéfice de l'ancien principe : « *Portio adcrescens sine onere adcrescit.* » Nous ne pouvons nous rendre à cette explication assez ingénieuse, mais qui n'est appuyée sur aucun texte, et qui méconnaît l'identité de la nature du droit d'accroissement fondé dans tous les cas sur la généralité du titre de celui qui recueille *jure adcrescendi*. Nous pensons plutôt que des considérations d'équité, afin de sauver des droits compromis, entraînèrent les jurisconsultes à se départir de l'ancienne idée que l'héritier profitant de l'accroissement venait prendre le tout *proprio jure*, pour ne voir en lui qu'une sorte de substitué qui n'occupe qu'en seconde ligne la place laissée vacante par la défaillance de son cohéritier.

Jusqu'à présent nous n'avons parlé que de la caducité des parts héréditaires, caducité qui s'opérait *cum onere*, à la différence du *jus adcrescendi*, sauf que la distinction longtemps observée à cet égard nous a paru avoir été, en définitive, supprimée. Mais on conçoit que la caducité peut atteindre également des legs ou des fidéicommis. Sur ce point encore, le profit de la caducité n'avait lieu qu'avec accompagnement des charges imposées par le défunt au titulaire de la libéralité. C'est ce qu'Ulpien veut exprimer par les derniers mots du titre XVII de ses *Regulæ* : « *Scilicet et legata et fideicommissum suo onere fiunt caduca.* »

Nous avons dit précédemment [1] que, suivant les anciennes règles de l'accroissement, le colégataire, dont le legs produisait tout son effet par suite de la défaillance de son concurrent, était dispensé de subir l'*onus* imposé particulièrement à son conjoint; et nous avons cité, pour fixer à cet égard la doctrine de l'accroissement entre colégataires, un passage positif du jurisconsulte Julien, la loi 30 *De cond. et dem.* Cette exemption, toutefois, n'é-

[1] *Revue historique*, année 1857, p. 200.

tait admise qu'autant qu'il ne s'agissait pas d'un *onus* pesant sur le legs entier, à l'instar de ce que nous avons fait observer relativement au cohéritier exerçant le *jus adcrescendi*. Nous avons trouvé un exemple d'une charge de cette nature dans la loi 54, § 1, *eod. tit.* On peut se demander si, quand une fois l'héritier profitant de l'accroissement eut été considéré, non plus comme recueillant en vertu de sa vocation primitive, mais par une sorte de substitution, le même point de vue ne dut pas être étendu au colégataire qui bénéficierait de l'accroissement dans les cas où l'accroissement était possible. Des textes exprès font défaut pour la solution de cette question; mais il est naturel de conjecturer que, pour être conséquent, on traita le colégataire de la même manière que le cohéritier.

A défaut de colégataire, la défaillance du legs profitait anciennement à l'héritier qui en était grevé, et qui, dès lors, avait d'autant moins à payer : « *Apud heredem legatum remanebat.* » Cette rétention du legs dans l'hérédité devait également avoir lieu *sine onere*, l'idée d'une substitution étant ici moins admissible que par rapport à l'accroissement proprement dit. Cependant, suivant Pothier, *Pandect.*, *De legatis*, n° 402, il faudrait, même avant la constitution de Sévère, refuser à l'héritier jouissant en ce cas du *jus antiquum* le droit d'être dispensé des *onera* imposés au légataire. Il invoque à ce sujet les lois 29, pr. *De legat.* 2°, et 9, *De usu et usuf. leg.* De ces textes, le premier seul peut offrir quelque difficulté, puisqu'il émane de Celse, jurisconsulte qui vivait à une époque où les anciennes règles étaient encore en vigueur. Remarquons toutefois que dans ce fragment il est question d'un *fidéicommis* dont était grevé le légataire défaillant. Or, on sait que la matière des fidéicommis était interprétée très-largement; qu'on s'attachait plutôt à exécuter la volonté du défunt qu'à observer le droit strict (*Nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis*, Ulpien, *Reg.*, tit. XXV, § 1). Il n'y a donc pas à s'étonner que le consul auquel l'affaire fut déférée ait contraint l'héritière (la fille du testateur) à accomplir le fidéicommis; surtout si l'on fait attention que, dans l'espèce, le fidéicommis était éminemment favorable, puisqu'il s'agissait d'une somme à payer à la concubine du défunt. Quant à la loi 9 *De usu et usuf.*, la décision d'Ulpien serait en harmonie avec l'idée de substitution qui, de son temps, avait prévalu. Ici

d'ailleurs la charge consistait encore dans un fidéicommis ; et la libéralité avec laquelle étaient interprétés les fidéicommis suffirait pour justifier la solution [1].

Les mêmes observations, quant à la transmission des *onera*, doivent être appliquées à l'hypothèse où la caducité atteignait un fidéicommis, ce qui fut possible depuis le sénatus-consulte Pégasien. Nous devons seulement à cette occasion faire remarquer qu'une disposition de ce sénatus-consulte apporta une dérogation aux règles ordinaires sur l'attribution des *caduca*, quand le fiduciaire était autre que l'un des héritiers. Ce fut la personne choisie comme intermédiaire par le testateur qui dut alors profiter de la caducité, bien qu'elle ne fût pas apte à *vindicare caduca*. Il suffisait que la disposition principale subsistât à son égard, que le fiduciaire fût *solidi capax*, quoique étranger aux priviléges des *patres*. Cette modification nous est attestée par la loi 60 *De legat.* 2° « *In fideicommissis potiorem causam habere eum, cujus fides electa sit, senatus voluit* [2]. »

Priviléges particuliers. — En dehors des différentes catégories de personnes privilégiées, dont les droits variaient suivant qu'elles jouissaient de la *solidi capacitas*, ou du *jus antiquum*, ou enfin

[1] Schneider, qui s'occupe de cette loi 9, p. 228, en donne une explication qui se rattache à son système sur la portée des *caduca*, système que nous aurons plus tard occasion de combattre. Nous croyons plus simple d'admettre que la faveur du fidéicommis fit écarter la règle suivant laquelle la charge aurait dû disparaître avec le droit de la personne qui en était grevée. Papinien, l. 70, pr. *De legat.* 2°, nous fait connaître un rescrit de l'empereur Antonin (Caracalla), d'après lequel le légataire chargé d'un fidéicommis, qui répudie son legs, est contraint de céder au fidéicommissaire ses actions contre l'héritier. Ce dernier, en profitant de la défaillance du légataire, n'était donc pas *directement* tenu envers le fidéicommissaire et substitué aux obligations du légataire. On retrouve dans cette décision la tendance constante de la jurisprudence romaine à sauver, autant que possible, les droits qui rigoureusement auraient dû périr comme accessoires d'un autre droit qui s'évanouit.

[2] Cette particularité sert à fixer le véritable sens d'un passage de Papinien qui a fort occupé les commentateurs, la loi 11, *De legat.* 1°, dans sa dernière proposition. Voyez M. de Vangerow, *Lehrb. der Pand.*, § 521, et notez que cette explication avait été depuis longtemps fournie par Cujas, quelque erronées que fussent ses idées sur le plan des lois caducaires.

du *jus patrum*, nous rencontrons la mention de diverses prérogatives, dont la portée véritable offre quelques difficultés.

En première ligne se présentent l'empereur et l'impératrice, que des textes formels placent au-dessus de l'application des lois caducaires. C'est ce qu'atteste le jurisconsulte Ulpien dans la loi 31 *De legib.*, extraite du commentaire de l'auteur *Ad legem Juliam et Papiam* : « *Princeps legibus solutus est ; Augusta autem licet legibus soluta non est. Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quæ ipsi habent.* » Nous laisserons de côté l'examen de la controverse ardente qu'a soulevée ce fragment, où les uns ont vu la reconnaissance d'une souveraineté sans limites et l'aveu du pouvoir absolu dans sa plus haute expression au profit des empereurs romains, tandis que d'autres se sont efforcés de restreindre plus ou moins la prérogative impériale [1]. Toujours est-il que, si l'on ne doit pas borner aux lois caducaires les dispenses dont jouissait l'empereur, ainsi que le prouve la *lex* ou le sénatus-consulte *De imperio Vespasiani*, l'exemption est incontestable quant aux lois Julia et Papia, ce qui suffit pour notre matière. Remarquons, toutefois, qu'à l'origine du pouvoir impérial, cette *solutio legibus* n'était pas inhérente à la position du *Princeps*, et qu'elle n'était que la suite d'une concession émanée du sénat. Ainsi Dion Cassius, liv. LVI, ch. XXXII, nous apprend qu'Auguste put instituer Livie héritière pour un tiers, grâce à un sénatus-consulte qui lui avait permis de laisser à sa femme au delà de ce que celle-ci était légalement autorisée à recevoir [2]. Sous Caligula, la puissance impériale était encore soumise à la nécessité de l'obtention d'une dispense. Dion, liv. LIX, ch. XV, mentionne un sénatus-consulte, dont l'objet fut de conférer une pleine capacité à Gaïus Caligula, qui était *cœlebs* et sans enfants [3].

[1] Voyez sur ce point Cujas, *Obs.*, XV, 30, et Godefroy, *Oratio Ulpiani, op. min.*, p. 298.

[2] « *Nam Augustus, quo illa quoque patrimonii sui parte aliqua frueretur, a senatu petierat, ut tantum etiam (scilicet trientem) præter legum præcepta legare ei possit.* » Les *leges* auxquelles il est fait allusion sont les lois caducaires, qui établissaient, comme nous le verrons bientôt, une disponibilité particulière entre époux, et qui sous ce rapport prenaient le nom de lois *décimaires*. Heineccius, liv. II, ch. XIV, n° III, démontre que d'après le droit commun, Livie n'aurait pu recevoir d'Auguste au delà de deux *decimæ*.

[3] Voici comment, d'après la traduction de Reimar, s'exprime Dion à l'occasion des ressources imaginées par Caligula pour se procurer de l'ar-

Le sénatus-consulte *De imperio Vespasiani* nous montre à cette époque la persistance de l'intervention du sénat pour l'octroi des immunités dévolues au *Princeps*. Plus tard, l'affranchissement de la prérogative impériale est consommé : l'empereur apparaît de plein droit comme étant *legibus solutus* ; et, par suite de la concentration de tous les pouvoirs dans ses mains, c'est lui désormais qui confère les exemptions qu'il devait autrefois recevoir du sénat. Dion, liv. LV, ch. II, constate que de son temps la faculté d'accorder des dispenses avait passé du sénat à l'empereur : « *Nonnullis tamen lex, antea quidem per senatum, nunc autem per imperatorem, jus trium liberorum largitur...* » — Le premier soin des empereurs fut de communiquer leurs priviléges à l'impératrice, comme nous l'avons vu dans le texte de la loi 31 *De legib.* Suivant Godefroy, ch. XXX, note 2, cette égalité de position n'aurait pas encore été admise sous Hadrien et Antonin le Pieux, proposition à l'appui de laquelle il invoque les lois 56 et 57, *De legat.* 2°. Mais ces textes, ainsi que le fait observer Schneider, p. 215, ne contiennent rien qui permette d'induire qu'à cette époque, l'impératrice était encore soumise aux prescriptions des lois caducaires. Ils se bornent à établir une distinction entre ce qui est légué *Principi* et ce qui est légué *Augustæ*. Dans le premier cas, le legs subsiste, bien que l'empereur régnant lors de la confection du testament soit venu à décéder *ante diem legati cedentem*. Il est recueilli par le successeur au trône, parce que la libéralité est censée s'adresser à une personne juridique qui ne meurt pas, tandis que cette fiction était écartée quand il s'agissait d'un legs à l'impératrice.

Quels étaient les avantages attachés à cette *legibus solutio?* Il n'est pas douteux qu'elle n'entraînât une exemption des déchéances introduites par les lois Julia et Papia, qu'elle ne conférât la *solidi*

gent. « *Ad conficiendam porro pecuniam, decretum antea fuerat, ut quicunque in vivis essent, qui ante heredem sibi Tiberium destinassent, ii morituri sua bona Gaio legarent. Nam ne præter leges videretur hereditates hujusmodi ac legata accipere, quum neque uxorem tunc, neque liberos haberet, senatusconsultum promulgari jusserat.* » Caligula ne s'en tint pas aux avantages que lui assurait le sénatus-consulte ; il s'arrogea, de son chef, les biens que certains testateurs laissaient à d'autres que l'empereur. L'historien ajoute : « *Nunc autem omnia omnino ex bonis, quæ centuriones, a patris sui triumpho, aliis quam Imperatori legassent, etiam nullo edito senatusconsulto, sibimet ipse vindicavit.* »

capacitas. Doit-on aller jusqu'à en faire découler le droit aux *præmia* créés par ces lois, le *jus caduca vindicandi?* Nous ne le supposons pas. Le *Princeps* est au-dessus des lois caducaires, qui ne l'atteignent point ; il faut le traiter comme si elles n'existaient pas. L'analogie naturelle à laquelle on doit s'arrêter est celle des personnes à qui, comme le dit Justinien, *lex jugum suum erubuit imponere*, c'est-à-dire les ascendants ou les descendants. On appliquera ici le *jus antiquum* qu'Ulpien, dans le fragment tronqué de ses *Regulæ*, qui nous est parvenu en cette partie, ne limite point exclusivement aux *liberi* et aux *parentes*, puisqu'il se sert de cette expression : *Item*. Telle est l'opinion de Pothier, *Pandect.*, *De legat.*, n° 399 ; telle est aussi l'opinion de Schneider, p. 205, qui seulement attribue au *Princeps* un *jus antiquum* complet (*vollstandig*), plus avantageux que celui des *liberi* ou des *parentes*. Sans doute, il pense que, pour le *Princeps*, le droit d'accroissement s'exercera à titre de colégataire tout aussi bien qu'à titre de cohéritier. Pour nous, qui avons repoussé toute restriction en traitant du privilége des *liberi* ou des *parentes*, nous n'avons pas besoin d'admettre deux degrés dans le *jus antiquum*. Il nous paraît avoir toujours la même mesure. Mais là se borne la prérogative impériale. Le *jus patrum* ne peut pas être regardé comme contenu dans une dispense des lois caducaires, quelque entière qu'elle soit. Le *Princeps*, par exemple, qui ne sera que légataire, ne devra point recueillir une part héréditaire caduque, ce qui était possible à l'égard d'un *pater* légataire.

Nous avons vu tout à l'heure que le droit de concéder des dispenses, quant aux prescriptions des lois Julia et Papia, avait passé du sénat à l'empereur. Les historiens romains nous fournissent plusieurs exemples pour l'application de ce droit. Ainsi, Suétone, dans la *Vie de Claude*, ch. XIX, raconte que cet empereur, en vue d'assurer l'approvisionnement de Rome, accorda de grands avantages à ceux qui faisaient construire des navires destinés au commerce. En pareil cas, un citoyen obtenait une *vacatio legis Papiæ Poppeæ*, un Latin le *jus Quiritium*[1], une femme le *jus quatuor liberorum*. La portée de cette *vacatio legis* ne nous

[1] Sur ce point, le récit de Suétone est confirmé par le paragraphe 6 du titre III des *Regulæ* d'Ulpien, qui nous donne plus de détails sur les conditions que devait remplir le *Latinus* pour arriver par cette voie à la cité romaine.

paraît autre que la *solidi capacitas*, sans atteindre le *jus caduca vindicondi*. Ceux qui se livrent à un négoce utile à l'intérêt public doivent être assimilés aux personnes absentes pour le service de l'État, au profit desquelles nous n'avons précédemment admis qu'une immunité des rigueurs des lois caducaires, mais non la participation aux *præmia patrum*.

Il y a plus de difficulté quant au sens d'une autre décision du même empereur, rapportée par Dion, liv. LX, ch. XXIV, où nous voyons que Claude accorda *jura maritorum* [1] aux militaires, qui, d'après la loi, ne pouvaient se marier. Si les militaires étaient traités seulement comme les citoyens mariés, ils n'auraient été exempts que des peines du célibat, dont le mariage relevait, mais sans conférer le *jus patrum* réservé à ceux qui avaient des enfants. Cependant, il est peu raisonnable de penser que Claude eût voulu laisser les militaires exposés à perdre la moitié des dispositions testamentaires faites en leur faveur. L'interdiction du mariage qui pesait sur eux devait les faire dispenser naturellement de la condition d'avoir des enfants ; et, par suite, toute incapacité dérivant des lois caducaires devait s'effacer en leur personne. Quant à la jouissance des *præmia patrum*, elle peut bien être considérée comme n'étant pas contenue dans la prérogative accordée aux militaires.

Nous croyons, au contraire, que les priviléges de la paternité étaient compris dans la concession du bénéfice connu sous le nom de *jus liberorum*, bénéfice aussi ancien que la législation caducaire elle-même, qui, sous Auguste, était une émanation du sénat, et qui, plus tard, dut découler de la libéralité impériale. Le *jus liberorum* a déjà été apprécié à l'égard des femmes, à qui il appartenait naturellement, quand elles avaient mis au monde trois ou quatre enfants, ce qui leur permettait de jouir de la *solidi capacitas*, qui, pour elles, constituait le maximum de leurs droits. A défaut du nombre d'enfants voulu, elles pouvaient être placées par la grâce du prince dans la même position que si elles étaient *ter quaterve enixæ*. Aussi Paul, en traitant du sénatus-consulte Tertullien, nous dit, au paragraphe 9, tit. IX, liv. IV, de ses *Sentences*, qu'une femme peut prétendre à la succession introduite par ce sénatus-consulte, bien qu'elle n'ait pas eu trois

[1] Le texte original porte : « Τα των γεγαμηκοτων δικαιωματα. »

ou quatre enfants, ce qui est vrai de celle *quæ beneficio Principis jus liberorum consecuta est.* De même, les barrières de la loi Papia au point de vue des *decimæ* tombaient à l'égard du conjoint, qui devenait apte à *solidum capere,* en vertu du testament de son conjoint, *si jus liberorum à Principe impetraverit*, comme le dit Ulpien, *Reg.*, tit. XVI, § 1er.

Ce n'est pas uniquement pour les femmes que les textes nous présentent l'application du *jus liberorum.* Ce bénéfice pouvait être également obtenu par un citoyen romain, qui, dès lors, capable par son sexe de la *caducorum vindicatio*, quand il avait des enfants, se trouvait, par l'effet de la faveur qui lui était accordée, avoir en général les mêmes droits que s'il eût été *pater* en réalité. Le poëte Martial, s'adressant à Domitien, lui demande en ces termes le privilége dont nous nous occupons :

> Quod fortuna vetat, fieri permitte videri,
> Natorum genitor credar ut esse trium :
> Hæc, si displicui, fuerint solatia nobis,
> Hæc fuerint nobis præmia, si placui [1].

Pline le Jeune parle plusieurs fois de ce *jus trium liberorum*, qu'il avait obtenu de Trajan, bien que cet empereur se montrât très-sobre d'une pareille faveur. « *Et nuper ab optimo principe trium liberorum jus impetravi, quod quanquam parce et cum delectu daret, mihi tamen tanquam eligeret, indulsit* [2]. » Il adresse à ce sujet ses remercîments à l'empereur, dans la lettre 2me de son livre Xme. Plus tard, il sollicite de Trajan la même faveur pour Suétone, dont le mariage n'avait pas été heureux, « *parum felix matrimonium expertus est.* » Il demande à l'empereur d'accorder à son ami « *quod illi fortunæ malignitas denegavit.* » Cette requête fut bien accueillie par Trajan, dont Pline nous a conservé la réponse [3].

Heineccius, liv. II, ch. XV, n° 8, en se fondant sur un passage d'Isidore de Séville, restreint les effets de la concession du *jus liberorum* à la *solidi capacitas* entre conjoints. Ce point de vue nous semble trop étroit et contraire au sens naturel qui ressort de la qualification même de ce privilége. Le texte de

1 Martial, lib. II, *Epig.*, CXI.
2 *Epist.*, lib. II, litt. 13.
3 *Epist.*, lib. X, litt. 95 et 96.

Paul, que nous avons cité, prouve que le *jus liberorum* accordé à une femme par l'empereur lui donnait les mêmes avantages que si elle avait eu trois ou quatre enfants, et cela pour une succession qui n'était point celle de son mari. Nous partageons, par conséquent, l'opinion de Schneider, qui pense, p. 226, que le *jus liberorum*, conféré à un homme, l'autorisait à la *caducorum vindicatio*. Il est certain cependant que l'assimilation n'était pas complète entre l'homme ayant des enfants et celui qui avait obtenu le *jus liberorum*. Dion Cassius, liv. LV, ch. II [1], établit à à cet égard une réserve, sans indiquer en quoi elle consiste. Aujourd'hui, le paragraphe 170 des *Vat. frag.* confirme cette distinction et nous met sur la voie de la portée qu'elle pouvait avoir. Nous y voyons que la concession du *jus liberorum* ne pouvait être invoquée pour fournir une excuse soit quant à la tutelle, soit quant aux *munera* en général. Il est donc permis de conclure que si ce bénéfice restait sans influence pour dispenser des charges publiques, il était, au contraire, pleinement efficace quand il ne s'agissait que d'intérêts purement privés.

Enfin, nous ferons observer qu'il existait en droit romain une classe de personnes qui, grâce aux priviléges dont elles jouissaient quant à leur testament, pouvaient mettre au-dessus des incapacités légales ceux qu'il leur plaisait de gratifier. Nous voulons parler des militaires, en faveur desquels avait été établie cette maxime, que leur seule volonté servait de règle pour l'attribution de leurs biens. « *Voluntas militis pro jure servatur*, » dit la loi 1, C. *De test. mil.* On disait qu'il leur était permis de tester sans se conformer aux lois, « *sine observatione legum facere testamentum*, » suivant les expressions de Tryphoninus, l. 19, § 2, *De cast. pec.* Cette dispense générale n'avait pas trait uniquement à ce qui concerne les formes du testament, comme pourrait le faire croire ce motif très-insuffisant vulgairement donné, « *propter nimiam imperitiam.* » La même indépendance appartenait au militaire relativement aux personnes qu'il voulait instituer héritières ou honorer d'un legs. C'est ce que Gaïus nous dit très-nettement, §§ 110 et 111, *Comm.* II. Peu importe qu'il s'agisse d'un individu privé de la *testamenti factio* propre-

[1] « *Et paucis dumtaxat exceptis, copiosæ proli constituta præmia adipiscantur.* »

ment dite, ou dépourvu seulement du *jus capiendi*. Gaïus cite indifféremment des personnes de l'une et de l'autre condition. Les *peregrini*, les *Latini*, les *cœlibes*, etc., les incapables de toute catégorie avaient accès aux dispositions de dernière volonté du militaire. Aussi, Ulpien, l. 7, § 1, *De legat.* 3°, admet-il de la part d'un *miles* la validité d'un fidéicommis au profit d'un déporté, bien que depuis longtemps à son époque celui-là seul pût, en principe, recevoir un fidéicommis qui était apte à recevoir un legs, ainsi que l'enseigne le même auteur dans ses *Regulæ*, tit. XXV, § 6. De même Marcellus et Paul, dans la loi 15, *De mort. caus. don.*, s'accordent à décider que par suite de la libre faculté accordée aux militaires de disposer, par acte de dernière volonté, en faveur de toute personne, on doit écarter, quand le donateur est un militaire, les motifs qui, en règle générale, feraient obstacle à une donation à cause de mort. Une constitution d'Alexandre Sévère, la loi 5 C. *De test. mil.*, consacre également à l'égard des militaires le *liberum arbitrium quibus velint relinquendi.*

Quelques doutes se sont néanmoins élevés sur la véritable portée du privilége des militaires, à raison de la manière dont s'exprime Ulpien dans la loi 13, § 2, *De test. mil.* Le jurisconsulte commence par poser la règle exceptionnelle applicable au *testamentum militis.* « *Et deportati*, dit-il, *et fere omnes, qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui possunt.* » La restriction indiquée par ces mots : *fere omnes*, s'explique par les derniers termes de la loi 5 C. *eod. tit.*, qui, à côté du *liberum arbitrium* dont nous avons parlé, place cette réserve : « *Nisi lex specialiter eos prohibuerit.* » On trouve un exemple de cette interdiction spéciale dans la loi 42, § 1, D., *De test. mil.*, suivant laquelle une femme de condition honteuse ne peut rien recevoir même de la part d'un militaire, et cela en vertu d'un rescrit formel d'Hadrien. Ulpien nous fournit dans le texte un autre exemple, quand il ajoute : « *Sed si servum pœnæ heredem scribat, institutio non valebit.* » Toutefois, le jurisconsulte, en excluant le *servus pœnæ*, reconnaît immédiatement la validité d'une pareille institution, pourvu qu'à la mort du testateur le condamné ait recouvré la cité romaine : « *Sed si mortis tempore in civitate inveniatur, institutio incipit convalescere, quasi nunc data hereditate.* » Ulpien semble généraliser en cette matière, à l'égard de tous les institués,

la nécessité d'une aptitude survenue lors du décès du testateur. Il termine, en effet, en disant : « *Et generaliter in omnibus id poterit dici, quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut a milite institui poterit.* » Tel est le sens donné à la loi 13, § 2, par Mühlenbruch[1], qui pense que l'efficacité de l'institution faite par le *miles* était toujours subordonnée à cette circonstance que l'institué fût devenu capable, *mortis tempore.* Mais cette interprétation, qui restreindrait considérablement le privilége du testament militaire, nous paraît démentie par les différents textes que nous avons cités. Tout ce qu'Ulpien veut dire, à notre gré, c'est qu'on devra appliquer aux autres personnes frappées d'une prohibition spéciale le tempérament indiqué à l'égard du *servus pœnæ ;* que dès lors elles profiteront de la disposition faite en leur faveur, si le motif de la prohibition a disparu lors de l'ouverture de la succession. La *mulier probrosa*, par exemple, qui ne pouvait être instituée même par un militaire, sera héritière, si, avant la mort du testateur, elle a renoncé à sa vie honteuse. Il ne faut pas perdre de vue que, dans le testament militaire, la règle est que toute personne est capable d'être instituée, à moins d'une interdiction formelle. En outre, pour ceux-là même qui se trouvent dans cette dernière catégorie, ils pourront recueillir, pouvu que leur indignité ait été effacée depuis la confection du testament.

Si ce point de vue est exact, la conclusion à en tirer est que les lois caducaires ne recevront point d'application quand il s'agit d'un testament militaire, puisque le testateur est dispensé de se conformer aux règles générales pour le choix de ses héritiers ou de ses légataires, et que, loin de trouver une exception à cette liberté quant aux lois Julia et Papia, nous avons, au contraire, dans le texte de Gaïus un témoignage positif qui nous autorise à ne pas en tenir compte. Nous partageons, en conséquence, l'opinion de Schneider, p. 230, qui admet en pareil cas la survivance sans restriction du *jus antiquum.* Non-seulement les *cœlibes* ou les *orbi*, institués héritiers ou gratifiés de legs par un militaire, devront prendre tout ce qui leur a été laissé ; mais encore, s'il y a défaillance de la part de quelques appelés, il faudra en faire la dévolution suivant les principes du droit d'accroisse-

[1] Suite de Glück, t. XLII, § 1477, p. 74 et suiv.

ment. On n'aura point à se demander si, parmi les appelés, il existe des *patres*, afin de leur déférer le bénéfice de la *caducorum vindicatio*. Les priviléges de la paternité seront mis à l'écart ; en effet la volonté du testateur est ici la règle suprême. Or, la théorie de l'accroissement n'est, comme nous l'avons vu, autre chose que l'interprétation des intentions du disposant, tandis que le système de la *caducorum vindicatio* fait violence à ses intentions pour rémunérer exclusivement ceux qui sont les plus dignes aux yeux de la loi.

Capacitas inter conjuges. — Il nous reste, afin de compléter le tableau des incapacités dérivant des lois Julia et Papia, à exposer le système particulier qu'elles avaient organisé pour régler ce qu'un conjoint pourrait laisser à son conjoint. L'idée d'une quotité disponible spéciale entre époux n'est pas nouvelle, on le voit, puisqu'elle se rencontre chez les Romains à l'époque d'Auguste. Seulement, comme il arrive à plus d'une institution, celle-ci s'est maintenue par des motifs tout autres que ceux qui l'avaient fait introduire; et nous verrons, en traçant l'histoire des modifications subies par les lois caducaires jusqu'à leur abolition complète, que leurs prescriptions à cet égard ont eu une durée plus vivace que les autres causes d'incapacité tirées de la même source. Ce n'est qu'assez tard, en 469, par la constitution de Léon et Anthémius (l. 6. C. *De sect. nup.*), que se font jour en droit romain les considérations qui ont prévalu en droit moderne pour imposer des limites plus étroites à la capacité entre époux quand il s'agit de sauvegarder les intérêts des enfants d'un premier lit[1]. Quant à l'auteur des lois Julia et Papia, il ne songeait nullement, en réglementant ce qu'un conjoint pourrait donner à l'autre, à protéger la famille du testateur contre une influence trop dangereuse. Il n'y avait au fond des restrictions particulières à cette matière qu'une pensée politique se résumant à ceci : procurer à l'Etat le plus de sujets possible, et, pour cela, exciter, par l'appât de l'intérêt, les citoyens à travailler sans relâche à l'agran-

[1] A défaut d'enfants d'un premier lit, il y a bien encore chez nous une quotité disponible spéciale entre époux. Mais ici, au contraire, le but du législateur est assurément, en général, de traiter le conjoint plus favorablement qu'un étranger, sauf controverse sur le point de savoir s'il n'y a pas un cas où l'on doit admettre un résultat inverse.

dissement de la population, cette nécessité suprême pour le salut de l'Etat si cruellement éprouvé par le malheur des guerres civiles.

Si l'on eût appliqué aux époux le droit commun, il s'en serait suivi qu'un citoyen veuf, ayant un enfant d'un premier lit, et remarié, aurait été apte à hériter en entier de son conjoint comme de tout autre; qu'une femme qui, lors d'un précédent mariage, aurait payé sa dette à l'Etat en mettant au monde trois ou quatre enfants, aurait pu recueillir en entier le patrimoine de son nouveau mari, de même que celui d'un testateur quelconque qui l'aurait instituée *ex asse*. Mais alors il était à craindre que la dernière union ne restât stérile; or, précisément, on voulait intéresser les conjoints à la rendre féconde. D'un autre côté, les époux, qui n'avaient pas d'enfants d'un mariage antérieur, auraient été du moins, comme époux, dispensés des peines du célibat et soumis uniquement aux conséquences de l'*orbitas*, c'est-à-dire réduits à perdre la moitié des dispositions testamentaires. Sur ces deux points, les lois Julia et Papia s'étaient écartées des règles ordinaires pour traiter plus rigoureusement l'un par rapport à l'autre les conjoints qui n'avaient pas d'enfants communs. C'était à ce prix (existence d'enfants communs) qu'en général la loi accordait la *solidi capacitas*, à moins qu'il n'y eût quelque motif d'exception.

Ulpien, qui a consacré à ce sujet deux titres de ses *Regulæ*, les titres XV et XVI, nous donne des détails suffisants pour bien saisir quel avait été le plan adopté par Auguste. Si l'on suppose des époux, dont le mariage est demeuré stérile, et qui ne méritent pas quelque faveur à raison de l'existence d'enfants de lits précédents, le maximum de ce qu'un conjoint pouvait laisser à l'autre en toute propriété sera du *dixième* de sa fortune. « *Vir et uxor inter se matrimonii nomine decimam capere possunt.* » (*Reg.*, tit. XV.) Le conjoint qui décédait pouvait en outre laisser au survivant le tiers de ses biens en usufruit, avec expectative de la pleine propriété, si plus tard le survivant avait des enfants d'un mariage postérieur. « *Præter decimam etiam usumfructum tertiæ partis bonorum ejus capere possunt, et quandoque liberos habuerint, ejusdem partis proprietatem*[1]. » (Ulp., *ibid.*) Enfin, si c'était la

[1] Par là s'explique l'uniformité de cette quotité, un *tiers* en usufruit, léguée par l'époux, que nous rencontrons dans différents textes, l. 10, *De*

femme qui survivait, il lui était permis de joindre à la quotité disponible que nous avons déterminée l'avantage du legs de sa dot, au moyen duquel elle obtenait une restitution plus prompte et plus utile[1] que si elle avait été réduite à l'exercice de l'action *rei uxoriæ*. « *Hoc amplius mulier, præter decimam, dotem* (CAPERE) *potest legatam sibi.* » (Ulp., *ibid.*[2].)

Ce disponible, autorisé *matrimonii nomine*, était susceptible de s'étendre, grâce à cette circonstance que l'époux avait des enfants issus d'un autre mariage. Sa capacité était alors augmentée d'autant de *dixièmes* qu'il y avait d'enfants de cette condition encore vivants, de telle sorte que le conjoint devait en avoir neuf pour atteindre, par cette voie, à la *solidi capacitas*. « *Quod si ex alio matrimonio liberos superstites habeant, præter decimam quam matrimonii nomine capiunt, totidem decimas pro numero liberorum accipiunt*[3]. » Le même avantage appartenait à l'époux survivant qui, ayant eu des enfants communs avec le testateur, les aurait

præscr. verb.; l. 48, *De usur.*, etc... Par là s'explique aussi l'habitude de léguer *in tempus liberorum* de la part d'un conjoint, l. 24, *De adim. vel transf.*; l. 61 et 62, *De cond. et dem.*; l. 4, C. *Quand. dies.*

[1] « *Plenius est legatum quam de dote actio.* » Instit., § 15, *De legatis.*

[2] Heineccius et Pothier, pour expliquer la loi 6, *De vulg. et pupil. subst.*, d'après laquelle une personne qui ne serait pas apte à *solidum capere ex bonis testatoris* pourrait néanmoins profiter en entier d'une substitution pupillaire faite en sa faveur par le défunt, supposent que Terentius Clemens, auteur de ce texte, a eu en vue la femme du testateur qui n'aurait pas eu d'enfant de celui-ci, tandis qu'ayant eu trois enfants d'un précédent mariage, elle aurait pleine capacité à l'égard de tout autre. Cette proposition ne manque pas d'exactitude ; mais nous croyons que la pensée du jurisconsulte était plus générale. Sa décision serait vraie pour celui qui, étant *orbus* lors du décès du testateur, se trouverait *pater* à la mort du pupille auquel il aurait été substitué. Tel est le cas prévu par Paul, l. 11, *eod. tit.*

[3] C'est là ce qui a fait le nom de *leges decimariæ* aux lois caducaires sous le point de vue qui nous occupe. Elles sont ainsi qualifiées par Justinien dans la rubrique du titre LVIII du livre VIII de son Code ; et dans la loi 2 du même titre on lit ces mots : *ex lege Papia* DECIMARUM. — On conçoit que la détermination de ce que l'époux pouvait prendre nécessitât une estimation du patrimoine du défunt. Aussi Heineccius, après Godefroy, pense-t-il avec raison que divers fragments des jurisconsultes, tirés de leurs commentaires *Ad legem Juliam et Papiam*, étaient originairement relatifs à l'estimation qui devait être faite dans ce but, et que c'est en les détournant de leur sens primitif que Tribonien les a appliqués au calcul de la quarte Falcidie.

perdus, pourvu qu'ils eussent survécu au *nominum dies*, c'est-à-dire à l'époque où il était habituel de donner aux enfants les noms qu'ils devaient porter. Seulement il est à remarquer qu'à l'égard des enfants communs prédécédés *post nominum*[1] *diem*, le législateur ne s'arrêtait au calcul d'une *decima* supplémentaire par tête qu'autant que le mariage n'avait produit qu'un ou deux enfants : « *Item communis filius filiave, post nominum diem amissus amissave, unam decimam adjicit; duo autem post nominum diem amissi, duas decimas adjiciunt.* » S'il y avait eu au moins trois enfants, la disponibilité devenait entière; c'était l'un des cas où le conjoint avait droit à la *solidi capacitas*, ainsi que nous l'apprend Ulpien, *Reg.*, tit. XVI, § 1.

Le même jurisconsulte nous fournit au même lieu l'indication des différents motifs qui autorisaient cette *solidi capacitas* entre époux. En dehors des hypothèses où il se rencontrait quelque cause d'exemption ou de privilége, la *libera testamenti factio*, suivant les expressions d'Ulpien, se rattachait à cette considération que le mariage n'était pas resté stérile. Ainsi pas de restriction à la capacité toutes les fois qu'il existait un enfant commun, quel que fût son âge ou son sexe : « *Aut si filium filiamve communem habeant.* » La femme était donc mieux traitée, par rapport à la succession de son mari qu'à celle d'un étranger, puisqu'un seul enfant suffisait pour lui permettre de tout prendre. Si l'enfant commun était mort avant sa puberté, il continuait après son décès à procurer encore à ses parents la *solidi capacitas* d'une manière temporaire, c'est-à-dire tant que le décès ne remontait pas à dix-huit mois : « *Ut intra annum tamen et sex menses etiam unus cujuscumque ætatis impubes amissus solidi capiendi jus præstet.* » Lorsque ce n'était qu'après avoir atteint la puberté que l'enfant commun était mort, la *solidi capacitas* restait acquise irrévocablement : « *Aut quatuordecim annorum filium vel filiam duodecim amiserint.* » La mort était-elle survenue pendant l'im-

[1] Quelques auteurs, Cujas, Godefroy, Pothier, lisent *nonum* au lieu de *nominum*, correction inutile, et qui du reste n'a pas grand intérêt, s'il est vrai, comme l'établit Heineccius, d'après le témoignage de Festus, qu'il était d'usage de donner un nom à l'enfant, et d'accomplir les cérémonies de purification (*lustratio*) pratiquées en cette circonstance, le huitième ou le neuvième jour après la naissance, suivant qu'il s'agissait d'une fille ou d'un garçon.

puberté, la *solidi capacitas* n'était conservée qu'autant qu'il y avait eu deux enfants ayant atteint trois ans accomplis, ou trois enfants ayant dépassé le *nominum diem* : « *Vel si duos trimos, vel tres post nominum diem amiserint.* » Enfin, quant à la femme, elle était encore apte à *solidum capere* si, dans les dix mois à partir du décès de son mari, elle accouchait des œuvres de celui-ci : « *Item si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo peperit, solidum ex bonis ejus capit.* »

Quant aux autres motifs de la *solidi capacitas* entre époux qui sont étrangers à la procréation d'enfants communs, ils tenaient aux considérations générales sur lesquelles était fondée la *solidi capacitas* d'une manière absolue, savoir : l'âge des conjoints [1], leur qualité de cognats, l'absence du mari, l'obtention du *jus liberorum*. Toutes ces causes d'exception ayant été déjà exposées, il nous suffit de renvoyer à ce que nous avons dit précédemment.

Nous terminerons en faisant observer que, malgré les circonstances qui régulièrement fournissaient aux époux la *solidi capacitas*, elle était refusée à ceux qui avaient contracté un mariage au mépris des prohibitions portées par les lois Julia et Papia. C'est ce que nous dit Ulpien au paragraphe 2 du titre XVI de ses *Regulæ* : « *Aliquando nihil inter se capiunt, id est, si contra legem Juliam Papiamque Poppœam contraxerint matrimonium, verbi gratia, si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator.* »

E. Machelard,
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

[1] Cujas, *Comment. in lib. Cod.*, t. IX, c. 820, à l'occasion de la loi 19, C. *De legat.*, qui valide les libéralités entre conjoints, encore que le mariage n'ait pas duré deux mois, a conjecturé que la constitution des empereurs Dioclétien et Maximien où se trouve cette décision a eu pour but d'abroger une prescription des lois caducaires, suivant laquelle les époux au-dessous de l'âge *à qua lex liberos exigit* n'auraient pas été admis à disposer *in solidum*, l'un au profit de l'autre, toutes les fois que le testateur serait décédé moins de deux mois écoulés depuis le mariage. Ramos et Heineccius sont d'accord pour repousser cette interprétation, qui, en effet, est bien problématique, et dont on ne trouve aucune trace dans les *Regulæ* d'Ulpien, de la part duquel on ne concevrait pas l'omission d'une pareille restriction, si elle eût existé.

LE RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ

DANS LE MARIAGE PORTUGAIS.

> Ce que je me suis proposé de déduire en ce lieu est du fonds de notre vieux droit.
>
> PASQUIER, *Lettres*, IX, 1.

Ces mots que Pasquier écrivait en France, il y a trois siècles, nous pouvons les répéter aujourd'hui à propos du régime des biens des époux dans le mariage portugais, de la *communauté universelle*. La communauté allemande, quoiqu'on puisse en découvrir le germe dans le droit germanique, ne remonte pas au delà du seizième siècle ; il ne faut pas lui chercher une origine plus ancienne ; elle naquit et se développa dans les villes commerciales surtout, se répandant en Allemagne sous toutes les formes et avec toutes les variations possibles. Dans ce pays où la législation romaine fut admise avec une faveur extraordinaire, ses doctrines bouleversèrent la communauté telle qu'elle était dans les coutumes ; et il se fit alors un double mouvement. Dans les classes supérieures on adopta le système romain, et le régime dotal fut généralement accepté ; dans les villes où les anciennes idées persistèrent avec plus d'énergie, les doctrines romaines se plièrent dans le sens des coutumes germaniques ; mais, en paraissant les respecter, elles les transformèrent complétement, en établissant une communauté universelle, véritable société où la femme eut pendant le mariage un droit égal à celui du mari [1].

Si la communauté *universelle* (*allgemeine Gütergemeinschaft*) qu'on voit encore dans l'ancienne Franconie, la Westphalie, le Mecklembourg et une partie des provinces rhénanes, est une des formes, une des variations sous lesquelles la communauté

[1] M. Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, p. 379 ; Paris, 1843. M. Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal*, p. 252 ; Paris, 1842. M. Mittermaier, *Grundsaetze des gem. deutsch. Privatrechts* ; Regensburg, 1847, § 338 et suiv., etc.

allemande se développa dans le quinzième ou dans le seizième siècle, elle est une institution qui, sous le règne d'Alphonse III (1210-1279), était *depuis longtemps* en usage en Portugal [1], et si nous ne pouvons en revendiquer la priorité, nous avons du moins le droit de dire, avec Pasquier, que la *communauté universelle* est du fonds de notre vieux droit.

Quoique le régime dotal se soit généralisé en Portugal par l'influence romaine, quoiqu'il se soit modifié par les idées germaniques, et que nous y découvrions la dot germanique, et même le *Morgengab* (*camera cerrada*) [2], au douzième siècle commença dans quelques coutumes une réaction contre ces idées par l'établissement de la *communauté universelle* comme régime des biens des époux. C'était une exception au système en vigueur dans le pays; et les expressions : *mariage par charte de moitié* (*por carta de metade*), par lesquelles on l'a désigné (et on le désigne encore, quoique avec peu d'exactitude), prouvent que la communauté universelle résultait, au commencement, d'un *contrat écrit*, permis par les coutumes, et par lequel on dérogeait au système général qui régissait les biens des époux. Cet usage commença à peine à se répandre dans certaines communes du Portugal, et, sous le règne d'Alphonse III (1210-1279), il avait déjà des racines profondes, surtout dans la province de Estremadura, habitée alors par les classes ouvrières et de condition inférieure [3], à la différence de la province du Minho, où les familles les plus puissantes s'étaient concentrées, et où le régime de la communauté eut de la peine à s'établir [4].

Le roi Alphonse V, en publiant ses Ordonnances (1446), a re-

[1] Les Ordonnances Alphonsines le déclarent expressément dans le livre IV, titre XIV. — Voyez la note 3.

[2] Je crois l'avoir démontré dans le Mémoire que j'ai présenté à l'Académie royale des sciences de Lisbonne, et qui a été publié dans sa collection (1857) sous le titre : *Memoria sobre a Camera cerrada.*

[3] « Costume foi d'antigamente usado em estes Regnos, e escripto em a « nossa Chancellaria *em tempo d' El Rey Dom Alfonso o Terceiro*, em esta « forma que se segue. . . . . .
« E tambem podera aver lugar quando a Doaçom fosse feita antes que fossem « casados, *e ao depois per casamento fossem communicados seus bens, segundo « costume da Estremadura, etc.* » Ordonn. Alphons., liv. IV, tit. XIV.

[4] La communauté, comme en Allemagne, ne pénétra point dans les familles nobles; et même aujourd'hui elle est en général repoussée par ces familles, qui suivent le régime dotal.

connu l'ancienneté de la communauté ; il a vu la force qu'elle avait acquise dans presque toutes les communes du pays, et, ne pouvant se soustraire à la puissance des coutumes qui répondaient à des besoins et à des habitudes qu'il était hors de son pouvoir de changer, il érigea en droit *général* la *communa utéuniverselle* entre les époux, tout en laissant aux partisans du régime dotal la liberté de l'adopter dans les conventions du mariage ; et voilà pourquoi, depuis cette époque, on appelle les mariages avec régime de communauté universelle, mariages *selon l'us et coutume du royaume* (*segundo uso e costume do reino*).

« Costume foi em estes Regnos de longamente usado e julgado, que honde o casamento he feito entre o marido e a mulher, per carta de meetade, ou em tal lugar, que per usança se partam os bees de per meo aa morte sem aver hy tal carta... este costume foi fundado em razom, ca pois que per bem do dito costume, tanto que o casamento he consumado, a molher he feita meeira em todolos bees. »

(Ordonn. Alphons., liv. IV, tit. XII, pr.)

Mais quelle a été la cause de cette réaction au douzième siècle ? Nous croyons que les pays coutumiers y furent portés par le mouvement du temps ; la communauté naquit de ce besoin d'association qui se manifeste de tous côtés au moyen âge, surtout dans les classes bourgeoises et pauvres, qui sentaient le besoin de s'unir et de s'appuyer ainsi contre l'oppression des classes privilégiées ; de là les communes et bourgeoisies, les corporations de marchands et d'ouvriers, les communautés de serfs et de gens de mainmorte, les communautés taisibles entre frères, et la communauté universelle entre époux.

M. Seabra, l'auteur du projet du Code civil, dans son remarquable travail sur le droit de propriété en Portugal, croit aussi que la communauté est si naturelle qu'on doit en chercher l'origine dans la nature de la société. « Les institutions sociales, dit-il, sont comme les plantes qui croissent spontanément dans de certaines conditions géologiques et atmosphériques ; la communauté, c'est le caractère du mariage des classes inférieures et pauvres, dont toute la richesse se réduit au travail commun du mari et de la femme ; les conventions dans ce mariage seraient inutiles ; et voilà pourquoi la communauté a commencé à se faire remarquer dans la province de Estremadura[1]. »

[1] M. Seabra, *A propriedade*, t. I, p. 305 ; Coimbra, 1850. — M. Daumesnil,

Un de nos plus notables jurisconsultes du seizième siècle, Alvaro Valasco, peu soucieux de l'histoire du droit, croit découvrir l'origine rationnelle de la communauté universelle dans cette naïve explication : « Et est nimium rationabilis consuetudo ex « pluribus, primo ut qui communicant corpora, quod plus est, « communicant etiam bona, jura, et actiones, quod minus est, « quia excellentior est persona rebus. Item ne quotidie in eadem « domo sit illud jurgium inter conjugatos, quod esse consuevit : « hoc est meum, illud est tuum, prout contigit in illis locis in « quibus hujusmodi consuetudo non viget [1]. »

La communauté, qui a traversé tant de siècles, qui a été consacrée définitivement dans les Ordonnances d'Alphonse V, qui a passé dans celles de D. Manoel, et qui a retenu sa physionomie primitive dans celles de Philippe d'Espagne, ne se dépouille point, dans le projet du nouveau Code civil, du type spécial qui la distinguait à son origine. C'est dans les Ordonnances de Philippe (1603), source actuelle de notre droit civil, que nous allons étudier les traits caractéristiques de cette institution.

§ 1.

Les Ordonnances Philippines, quoiqu'elles laissent aux époux une pleine liberté de régler par des conventions préalables le régime de leurs biens, supposent entre eux, à défaut de ces conditions, une société universelle, et établissent une communauté de tous les biens. On appelle ce régime *communauté* (*communhaõ*), mariage par *charte de moitié* (*casamento por carta de metade*), ou *d'après l'usage du royaume* (*segundo uso do reino*), etc., et on désigne les époux par le nom de *meeiros*.

« Todos os casamentos feitos em nossos Reynos, e senhorios, se entendem serem feitos por carta de ametade : salvo quando entre as partes outra cousa for acordada, e contractada, por que entaõ se guardara o que entre elles for contractado. »

(Ordonn., liv. IV, tit. XLVI, pr.)

De l'exercice des reprises et des prélèvements (Thèse pour le doctorat), p. 15 ; Caen, 1855. — M. Troplong s'exprime dans le même sens dans la préface de son *Contrat de mariage*, p. CXXII, à propos de la communauté française.

[1] Valasco, *Praxis partitionum et collationum inter heredes secundum jus commune ac regium Lusitaniæ*, Francfort, 1608.

§ 2.

La loi exige pour l'existence de la communauté :

1° La célébration solennelle du mariage religieux en la forme prescrite par le concile de Trente, c'est-à-dire, précédé de trois publications (*banhos* ou *proclamas*), et célébré à l'église en présence du propre curé, et de deux témoins. (Ordonn., liv. IV, tit. XLVI, pr. [1].)

On ne doit cependant pas oublier que le règlement du 10 juillet 1650, chap. LII, a déclaré que la communauté résulterait aussi d'un mariage mixte, c'est-à-dire, d'un catholique avec un chrétien des cultes dissidents.

2° L'entrée dans le lit nuptial, ou la cohabitation des époux. (Ordonn. cit.) Cette condition, qui nous rappelle quelques vieilles coutumes de l'ancienne France, lesquelles ne regardaient le mariage comme réel que lorsqu'il avait été consommé par l'introduction de la femme dans le lit nuptial [2], a été heureusement repoussée par la jurisprudence moderne comme un produit bizarre d'une demi-civilisation, et on suit la maxime : *nuptias non concubitus, sed consensus facit.* Une telle condition pouvait en effet donner lieu à des questions honteuses et ridicules ; et les anciens docteurs étaient partagés sur le point de savoir si du mariage d'un homme *in articulo mortis* avec sa concubine résultait pour elle le droit à la moitié des biens du mari défunt, la cohabitation postérieure n'ayant pas existé [3].

Toujours est-il que le *droit commun* admet la communauté quoiqu'il n'existe pas d'enfants du mariage ; et il ne suit pas le système contraire du droit de Lübeck, de Holstein, de Poméranie [4], et même des *fueros* de Biscaye.

[1] Fœlix, *Des mariages contractés en pays étranger*, à la suite de la nouvelle édition de son *Traité de droit international privé*, publiée par M. Demangeat, t. II, p. 463 ; Paris, 1856. — Sur les différentes formes du mariage en Portugal, voyez l'appendice.

[2] On connaît cet adage suivant lequel « au mal coucher la femme perdait son douaire. »

[3] Il est étrange que déjà dans ce siècle feu M. Corrêa Telles ait encore embrassé la solution négative dans son *Digesto portuguez*, II, art. 267. — Voyez Mello, *Instit. jur. civ. lusitani*, II, 8, § 4, et son annotateur Lobaõ ; Gama, *Decis.*, 124 ; Guerreiro, II, 6, cap. 1, nos 99 et suiv.; Coelho da Rocha, *Instituiçoes de Direito civil Portuguez*, t. I, § 242 ; Coimbra, 1848.

[4] Hasse, *Skizze des Güterrechts der Ehegatten.*

§ 3.

Tous les biens meubles et immeubles des époux, tant ceux qu'ils possédaient au jour du mariage, que ceux acquis postérieurement, quelle qu'en soit la nature ou la qualité, entrent dans la communauté, et on les appelle biens communs ou biens de la maison (*bens do cazal*).

Il y en a cependant qui, même dans ce régime, sont exclus de la communauté par la loi, et demeurent propres à l'époux respectif. Tels sont :

1° Ceux qu'il a reçus de la Couronne [1], ou qu'il possède à titre de majorat [2]. (Ordonn., liv. IV, tit. XCV, § 1.)

2° Les fonds emphytéotiques d'emphytéose *temporaire* (*praso de vidas*) ; mais s'il les a achetés ou améliorés *pendant le mariage*, le prix de l'achat ou la valeur des améliorations entrent dans la communauté [3]. (Ordonn., liv. IV, tit. XCV, § 1 ; tit. XCVII, § 24.) Ces biens n'entrent pas dans la communauté, ils sont indivisibles (Ordonn., liv. IV, tit. XXXVI, § 1), car, d'après l'esprit des anciennes lois et de la jurisprudence, imprégnées des idées féodales, ils ne constituent pas une *propriété* de celui qui les possède (*foreiro*), et sont considérés plutôt comme un bénéfice du seigneur direct (*senhorio*), bénéfice qui s'étend seulement aux personnes qu'il a désignées médiatement ou immédiatement.

3° Les fonds emphytéotiques d'emphytéose *perpétuelle* (*praso fateosim perpetuo*), quand ils lui ont été concédés ou à quelqu'un de ses ancêtres, *pour lui et pour ses enfants et descendants ;* mais si la concession a été faite avant ou pendant le mariage, *pour lui et pour ses successeurs*, ils rentrent dans la communauté. (Ordonn., liv. IV, tit. XCVI, § 24.)

[1] Parce qu'ils sont inaliénables.

[2] Les biens de majorat sont inaliénables, et l'ordre de la succession ne peut être modifié ; celui qui succède dans la *possession* n'a sur eux qu'un droit très-limité, qu'un droit d'*administration ;* voilà pourquoi dans le cas de mariage ces biens ne peuvent entrer dans la communauté.

[3] Dans ce cas, le prix de l'achat ou la valeur des améliorations sont des biens de la communauté, et y doivent entrer ; autrement, l'autre époux serait injustement privé du droit qu'il a à la moitié du prix et de la valeur. — Coelho da Rocha, § 244 et la note.

4° Les biens qu'on lui a laissés ou donnés *sous condition* qu'ils n'entreront pas dans la communauté [1].

5° Le fidéicommis qu'on lui a laissé, s'il est mort avant le fiduciaire [2].

6° Les *deux tiers* des biens de la veuve, âgée de plus de cinquante ans, qui, ayant des enfants du premier mariage, se marie de nouveau ; et les *deux tiers* de ceux qu'elle a acquis ensuite *à titre d'héritage de ses parents*. (Ordonn., liv. IV, tit. CV.) Comme dans ces cas elle ne peut, d'après la loi, disposer que du tiers des biens, les deux autres ne peuvent jamais entrer dans la communauté.

7° Les biens que le père ou la mère ont acquis *à titre d'héritage* d'un de ses enfants décédés, s'ils se marient de nouveau, ayant d'autres enfants, frères germains des décédés [3]. (Ordonn., liv. IV, tit. XCI, §§ 2, 3 et 4.)

On doit cependant remarquer que les *revenus* et les *améliorations* de tous les biens entrent dans la communauté.

Il y a aussi des dettes de chacun des époux qui n'y entrent pas; telles sont : 1° celles *antérieures* au mariage. (Ordonn., liv. IV, tit. XCV, § 4.) Les créanciers ne peuvent dans ce cas se faire payer, pendant le mariage, que sur les biens avec lesquels l'époux débiteur est entré dans la communauté, ou sur la moitié des acquêts [4]. 2° Celles contractées *pendant le mariage*, au jeu, dans le libertinage ou dans les vices, et les amendes pour délits et infractions. (Ordonn., liv. IV, tit. LX, liv. V, tit. VI, § 20 [5].) 3° Celles qui sont relatives à des biens exclus de la communauté [6].

[1] Coelho da Rocha, § 245.

[2] Coelho da Rocha, § 245.

[3] Borges Carneiro, *Direito civil*, t. II, §§ 156-158 ; Lisbonne, 1827.

[4] Le droit des créanciers sur la moitié de l'époux débiteur dans les acquêts du mariage, dit Coelho da Rocha, présente, dans la pratique, bien des difficultés; et déjà avant lui un ancien praticien portugais, Gomes de Moraes, avait écrit dans son traité *De executionibus*, liv. VI, cap. VIII, n° 52 : « Sed est lex regia summe in hoc difficilis, nam donec matrimonium non « solvitur, constare nequit, quæ sint superlucrata, et an capitalia sint salva, « nec quamdiu societas durat, potest divisio fieri, uxorque partem aliquam « lucrorum exponere, cum vir totalem omnium habeat administrationem. »

[5] Valasco, *De partitionib.*, cap. II, n° 16 ; Coelho da Rocha, § 247. — Voyez cependant Lobaõ, *Execuçoes*, § 156, lequel n'admet pas cette doctrine.

[6] La jurisprudence, chez nous, suit à cet égard l'article 1412 du Code français.

§ 4.

La propriété et la possession de tous les biens non exclus, appartenant aux époux, comme on l'a dit, il y a entre eux une copropriété et copossession ; l'*administration* cependant appartient au mari, lequel peut aliéner et vendre les *meubles;* mais pour les *immeubles* le consentement de la femme est toujours indispensable.

Quoique, à l'égard des *meubles*, nous ayons presque suivi le principe exprimé par d'Argentré, sur l'article 424 de la nouvelle coutume de Bretagne : *sunt ergo mobilia usu quidem communia, jure dispositionis propria mariti*, le droit portugais a adopté des idées tout opposées aux coutumes françaises sur le droit du mari sur les *immeubles;* il n'est pas chez nous, comme d'après l'article 225 de la coutume de Paris (droit commun de presque toute la France), « le seigneur des conquêts immeubles..., en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par donation, etc., à son plaisir et volonté, sans le consentement de sadite femme. » On peut dire, au contraire, en Portugal, avec Veracius, vieux commentateur des coutumes de Bamberg : « Per communionem sic utriusque con-« jugis bona confunduntur ut quivis eorum totius patrimonii in « solidum dominus sit, et maritus et uxor dicere potest : Totum « patrimonium meum est. »

§ 5.

La communauté finit : 1° par la mort d'un des époux, mais dans ce cas le survivant administre tous les biens jusqu'au partage [1], ce qu'on appelle chez nous rester *la tête de la maison* (*ficar cabeça de cazal*) (Ordonn., liv. IV, tit. XCV, pr.); 2° par la séparation perpétuelle [2]; 3° par la simple séparation de biens [3].

[1] Coelho da Rocha, § 249. — Guerreiro, *Tract.* II, lib. VI, cap. I, n° 141. — Valasco, *Consult.*, 166.

[2] Rocha et Guerreiro, *ibid.*

[3] L'un des époux peut demander la simple séparation de biens, quand les dettes de l'autre au temps du mariage excédaient la valeur de ses biens ; et la femme peut aussi la demander quand le mari, mauvais administrateur, dissipe ceux de la maison. — Pegas, *Resolut. forenses*, t. III, cap. XXXVI, n° 140 ; Correa Telles, *Digesto portuguez*, t. II, art. 249.

§ 6.

Si, à la mort d'un des époux, il n'y a que des biens *communs*, on les divise en deux parties, l'une pour le survivant, l'autre pour les enfants, ou, s'il n'y en a point, pour les héritiers du défunt, à moins qu'il n'ait disposé par testament de son tiers, ou même de toute sa moitié, n'ayant pas d'héritiers *nécessaires* [1].

Si, outre les biens communs, il y a encore des biens *propres*, qui ne rentrent pas dans la communauté, on observe les règles suivantes : 1° on sépare les *propres* des biens communs; 2° les époux ou leurs héritiers rapportent à la masse *commune* tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité, par exemple, les dettes *antérieures* au mariage, la valeur des améliorations de l'emphytéose, etc.; 3° la masse ainsi formée, chaque époux ou son héritier prélève de tous les biens de la maison ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi, et prélève aussi le prix de ses biens personnels aliénés pendant la communauté, et dont il n'a point été fait remploi, et les indemnités qui lui sont dues par la communauté; 4° le reste constitue la masse commune *divisible* d'après les règles ci-dessus indiquées.

Le partage, dans ce cas où il existe à la fois des biens communs et des biens propres, n'ayant pas été réglé par la loi portugaise, la jurisprudence a adapté à nos usages les dispositions du Code français (art. 1468 et suiv.), formule plus précise et d'une exécution plus facile que celle indiquée par nos anciens docteurs Valasco et Guerreiro [2].

§ 7.

Comme les dettes *communes* doivent être payées pour moitié par le survivant et pour moitié par les héritiers du défunt, si la *femme* survivante, ou ses héritiers ou ayants cause (si elle meurt avant l'époux) craignent que les biens communs soient absorbés par ces dettes, qu'elle est forcée de payer même sur les propres,

[1] Coelho da Rocha, § 249; Borges Carneiro, *ibid.*, § 130; Pereira, *Repertorio das Ordon.*, v° MARIDO E MULHER.

[2] Valasco, *De partit.*, cap. XXIII; Guerreiro, *Tract.*, II, lib. V II, cap. XV et XVI; Coelho da Rocha, § 250, note 12; Pothier, *Traité de la communauté*, n° 701, seq.

au cas d'insuffisance des biens communs, la jurisprudence lui accorde, d'après l'article 1453 du Code Napoléon, la faculté de renoncer à la communauté; mais elle ne peut profiter de ce bénéfice si elle s'est immiscée dans les biens communs, ou si elle n'en a pas fait l'inventaire dans les deux mois de la mort de l'époux [1].

La femme usant de cette faculté perd tout droit sur la masse commune, dont la propriété demeure tout entière aux héritiers de l'époux; mais elle n'est pas obligée au payement de la moitié des dettes contractées par le mari comme administrateur de la masse, à moins qu'elles n'aient été contractées pour les aliments de la famille [2].

Ce droit à la renonciation, admis par la jurisprudence, est une absurdité dans un pays comme le nôtre où la communauté existe dès l'origine du mariage, et subsiste pendant toute sa durée : *die den Man trowt, die trowt ook de Schulden*, dit avec raison un proverbe souabe ; car la femme, devenue commune dès le premier jour de l'union, ne peut y renoncer pas plus qu'un débiteur ne peut renoncer à sa dette. L'idée d'une renonciation n'a dû se présenter à l'esprit que lorsqu'on a considéré le droit de la femme dans la communauté comme un simple droit de *veuve*, qui s'ouvre à la dissolution du mariage; rien de plus naturel dans un pareil système que de permettre à la femme, comme il arrive en France, de ne point accepter un droit qui lui peut être onéreux, mais rien de plus étrange chez nous, qui admettons la communauté universelle de meubles et immeubles, dans laquelle la femme n'a pas un simple droit de veuve à la dissolution du mariage, mais une copropriété qui existe dès le premier jour du mariage [3].

§ 8.

La femme n'hérite de son mari, ni le mari de sa femme *ab intestato*, qu'à défaut de parents du défunt jusqu'au dixième degré ; et même dans ce cas l'époux survivant est exclu de la succession par le fisc, s'il ne vivait pas avec le défunt au temps de sa mort : *Com que estava mantenda como marido com sua mulher.*

[1] Coelho da Rocha, § 252.

[2] Correa Telles, *Digesto portuguez*, t. II, art. 256; Lobaõ, *Dissert.*, 10, § 104, etc.

[3] M. Laboulaye, *Recherches sur la condition civile des femmes*, p. 337.

(Ordonn., liv. IV, tit. XCIV.) Ce droit de succession des époux a été établi en Portugal sous le règne de Pierre Ier, par les *Cortes* tenues à Elvas en 1361, et on l'a consigné depuis dans les Ordonnances Alphonsines, où celles de Philippe d'Espagne l'ont puisé [1].

Nos lois du dix-huitième siècle, en prétendant peut-être porter remède à la dureté d'un principe en vertu duquel l'époux est exclu de la succession de son conjoint par les parents de celui-ci, établirent un système peu efficace, et vraiment incomplet, parce qu'il n'a eu égard qu'à une certaine classe de la société. Les décrets du 17 août 1761, § 7, et du 17 juin 1778, et la loi du 4 février 1765, §§ 1-3, ont accordé aux femmes *nobles des maisons les plus distinguées*, et à titre d'aliments ou d'apanage (*apanagio*) dès la mort du mari, le dixième liquide du revenu de sa maison ou de ses biens [2]. Ces femmes continuent à recevoir encore après la mort de leurs époux ce qu'ils leur ont assigné dans le contrat de mariage pour leurs bijoux, chaque mois, si elles ne se marient de nouveau ; c'est ce que nous appelons *épingles* (*alfinetes*), et qu'on trouve aussi dans le Code de Berne (art. 90, n° 2) avec le nom de *Nadelgeld*. (Loi du 4 février 1765, § 1.)

Nous finirons cet article par une observation. Le Portugal n'est pas, comme on le croit à l'étranger, une terre toute romaine. Si l'on étudie ses vieux monuments, ses anciennes coutumes, si l'on creuse un peu plus dans les fondements de son droit, on y découvrira bien des parcelles de ciment germanique ; et si quelques sections de nos vieilles Ordonnances étaient publiées dans un Code allemand, on pourrait en dire ce que M. Zœpfl, professeur de Heidelberg, a écrit sur quelques dispositions du Code Napoléon : « On aurait peine à se persuader que les règles qu'elles contiennent aient été tracées ailleurs qu'en Allemagne, et l'on ne manquerait pas de proclamer que ses doctrines ont été puisées dans les entrailles même du droit germanique [3]. » Dans le régime du mariage, on voit en Espagne la

[1] Gouvea Pinto, *Tractado dos testamentos e successoes*, p. 210 ; Lisboa, 1820 ; Antunes Portugal, *De donationibus regiis*, liv. III, cap. XIX, nos 55 et 56.

[2] M. Seabra, *A propriedade*, t. I, p. 306 ; Coelho da Rocha, §§ 285-287.

[3] *Revue étrangère et française de législation*, 1842, p. 178.

simple communauté d'acquêts, qu'on découvre dans les coutumes d'Alcala, de Fuentes, etc., et dans les *fuero viejo* et *real*, à peine respectée par la *recopilacion* (V, 9, 1), qui, tout imprégnée des idées romaines, ne peut dissimuler son aversion pour le régime coutumier. En Portugal, au contraire, Alphonse V élève à la hauteur d'un principe de droit commun la communauté universelle des coutumes. Si le droit portugais a en partie sa source dans le droit germanique, il a du moins créé la communauté universelle bien avant l'Allemagne moderne.

APPENDICE.

SUR LES FORMES DU MARIAGE.

En considérant l'histoire civile et ecclésiastique du Portugal, on y découvre dès les premiers temps du royaume trois formes distinctes du mariage. — Le premier, *vrai sacrement* célébré dans l'église avec toutes les cérémonies qu'elle prescrit; le deuxième, simple *contrat* entre les époux, rendu *public* et *connu* de leurs parents et de leurs voisins, mais sans l'intervention de l'élément religieux; le troisième, simple *contrat* aussi, mais sans la publicité du deuxième.

Les anciens documents, les coutumes et les chartes des communes des douzième et treizième siècles surtout se rapportent au mariage-sacrement, quand ils parlent de mari ou de femme *de benedictione* ou *de bençãos*, *de recabedo* ou *de recabdo*, expressions par lesquelles on désignait le mariage célébré à l'église et consacré par la bénédiction du curé. On lit, par exemple, dans la charte de Aguiar da Beira, de 1258 : *Et toto homine de Aquilari, qui habuerit mulier* ad benedictionem, *et leixaverit illam, pectet ad judicem unum denarium;* dans celle de Thomar, de 1174 : *Mando que cada huum filhe sa molher, que aia* recabedada ; dans celle de Figueiró dos Vinhos : *Mando, ut unusquisque accipiat uxorem suam, quam habet* recabedadam, etc. ; dans celle de Móz : *Toto homine de Molas qui mulier leixar* de benedictiones, *det unum denarium ad judicem ;* et dans celle de Castello Branco, octroyée

par les Templiers en 1213 [1] : *Et mulier, quæ leixaverit maritum suum* de benedictione, *pectet CCC ss.* [2].

On trouve dans les mêmes documents mention de la deuxième forme de mariage, dans les expressions *marido conuçudo*, c'est-à-dire, *mari connu*. Cette espèce de mariage, qu'on peut appeler *civil*, était reconnue comme légitime pour les effets juridiques dans les coutumes des communes : dans la charte de celle de Cernancelhe (1124), par exemple, on lit que le mari doit avoir la moitié des biens de sa femme adultère, quoiqu'elle ne soit pas *de benedictione;* et dans le contrat entre D. Pierre Penço et sa femme D. Sancha Rodrigues, et les moines de Salzeda, en 1272, on a établi que si elle se *mariait* ou avait *mari connu*, elle perdrait les biens que le monastère lui donnait. Dans ces mots : *se marier ou avoir mari connu*, se révèle clairement la distinction du mariage-sacrement et du mariage simple contrat civil [3].

Et ce n'était pas seulement dans les coutumes *locales*, mais encore dans la législation *générale* de la même époque, et des siècles suivants, que cette espèce de mariage était reconnue ; on le voit par la loi du 15 mai 1311 (era 1349) dans laquelle le roi D. Denis s'exprime ainsi : « C'est coutume que si un homme vit sept années avec une femme, dans la même maison, en s'appelant mari et femme, même dans les contrats, en faisant des achats ou des ventes, et en étant connus comme mari et femme par leurs voisins, ils seront considérés ainsi en droit, quoiqu'il ne soient mariés dans l'église. » — « Custume he, disse huũ direito, « que se hum homeẽ vive com huná mulher e mantem casa « ambos de suu per sete annos continuadamente, chamando se « marido e mulher, se fixerem compras ou vendas, e se pozerem

[1] L'ordre des Templiers était établi en Portugal avant 1128, sous la régence de la reine D. Tareja, femme du comte D. Henri, et mère d'Alphonse Ier ; et son premier maître, ou procurateur, comme on l'appelait dans ces temps-là, a été D. Guillaume Richard. — Sur l'histoire des Templiers en Portugal, nous devons faire mention d'un ouvrage très-curieux et plein d'intéressants documents, mais peu connu à l'étranger, *Historia da militar ordem de nosso senhor Jezus-Christo*, par Fr. Bernardo da Costa, publiée à Coimbra en 1771, t. Ier.

[2] Viterbo, *Elucidario das palavras que em Portugal antigamente se usaram* (Lisbonne, 1798); vo RECABDO, MALADO, MALFAIRO.

[3] Viterbo, vo MARIDO CONUÇUDO. Voir la dissertation historico-légale sur le divorce, publiée à Lisbonne en 1857, et que j'ai offerte à l'Académie de législation de Toulouse.

« em elles em os estromentos ou cartas que fezeree marido e « mulher, e na visiidade os houverem per marido e mulher « náo pode nenhuu delles negar ó casamento e avellos háo per « marido e mulher ainda que náo sejam casados em face da « Eygreija [1]. »

La troisième espèce, ou de *mari non connu*, comme nous lisons dans la charte de Cernancelhe, constituait le mariage *civil clandestin*, très-fréquent chez nous jusqu'au quinzième siècle; il était un vrai concubinat, comme nous croyons, ou un mariage *ad morganaticam* (*à morganheira*), comme d'autres pensent.

Quoique ces deux dernières formes du mariage fussent sanctionnées par l'usage, la force des idées religieuses était déjà si considérable au quatorzième siècle que le roi Alphonse IV, voulant réprimer le mal qui résultait de ces mariages, adressa le 7 décembre 1352 (era 1390) une lettre royale à l'évêque de Coimbra, D. George, dans laquelle il ordonne que *tous* les mariages soient célébrés à l'église en la présence du propre curé, par paroles de présent, et que le notaire en fasse l'acte ou le registre civil, identifiant ainsi l'union conjugale civile avec le sacrement de l'église [2].

Ce moyen n'a pas réussi. Les mariages *clandestins* continuèrent jusqu'à la fin du quinzième siècle, et le roi D. Manuel a été forcé d'imposer aux époux la peine de la confiscation de tous leurs biens par la loi du 14 juillet 1499 [3], laquelle, insérée

[1] La bibliothèque de l'Académie royale des sciences de Lisbonne (collection manuscrite de Trigoso) possède une copie de cette loi remarquable.

[2] Ce document, qui existe dans les archives de la municipalité de Coimbra, fut publié par J.-P. Ribeiro dans sa *Synopsis chronologica*, t. Ier, p. 10, avec des fautes, qui ont été rectifiées dans *l'Antiquaire de Coimbra*, n° 3, p. 12, journal d'un grand mérite, mais dont la publication a été interrompue il y a quelques années.

Cette lettre du roi, adressée aussi à tous les autres évêques du royaume, est une preuve de l'existence du registre d'état civil en Portugal dès le quatorzième siècle; on le pratiquait encore à la fin du siècle suivant, comme on le voit par un contrat de mariage du 3 juin 1483, transcrit par M. Gomes de Lima Bezerra, dans ses *Estrangeiros no Lima* (Coimbre, 1785), t. Ier, p. 247. On doit cependant remarquer que le registre d'état civil, oublié dans les siècles suivants, n'a pas encore été rétabli dans le pays, malgré les dispositions du Code administratif (art. 255, etc.), lequel, par la négligence du gouvernement, ou peut-être par l'influence secrète d'une partie du haut clergé, n'a pas encore été exécuté.

[3] J.-P. Ribeiro, *Synopsis chronologica*, t. Ier, p. 150; Lisbonne, 1790.

dans ses Ordonnances (liv. V, tit. XXVII), et dans celles de Philippe d'Espagne (liv. V, tit. XXII), a été maintenue par le roi Jean IV dans la loi du 13 novembre 1651. Les mariages de *mari connu* ont aussi persisté, et nous en trouvons encore des vestiges bien frappants, mais inconciliables avec l'antérieure réception du concile de Trente, dans le titre XLVI, livre IV des Ordonnances Philippines, quand elles reconnaissent la communauté des biens d'un homme et d'une femme qui vivent dans la même maison comme mari et femme sans être mariés à l'église.

On doit cependant remarquer qu'aujourd'hui on ne reconnaît comme légitime en Portugal que le mariage-sacrement ; et cette disposition des Ordonnances peut tout au plus profiter, comme le dit M. Seabra, aux sujets portugais, appartenant aux cultes non catholiques, dont les mariages, ainsi que la religion, sont garantis par la charte constitutionnelle ; et voilà comment une disposition bizarre pour le temps d'intolérance où elle a été écrite, est aujourd'hui un moyen de respecter la conscience des partisans des cultes dissidents, puisque leur imposer le sacrement serait porter atteinte à leur liberté.

LÉVY MARIA JORDAO,
Docteur en droit, de l'Académie des sciences de Lisbonne,
de l'Académie de législation de Toulouse, etc.

DES CHARGES IMPOSÉES AUX PÈRE ET MÈRE

QUI ONT LA JOUISSANCE LÉGALE

DES BIENS DE LEURS ENFANTS MINEURS

DE DIX-HUIT ANS.

Le droit de jouissance, que notre Code accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans, se rattache par son origine, comme chacun sait, aux institutions coutumières des gardes noble et bourgeoise. C'est surtout pour la détermination des charges de ce droit de jouissance que les rédacteurs ont puisé aux sources de l'ancien droit, et les dispositions de l'article 267 de la coutume de Paris sont venues se refléter, non sans de graves altérations, dans l'article 385 du Code Napoléon.

Mais ici, comme dans la matière des avancements d'hoirie, de la séparation des patrimoines, de la communauté, et tant d'autres où notre ancienne jurisprudence a servi de guide au législateur, les rédacteurs de notre Code n'ont pas su manifester nettement leur système, et montrer ce qu'ils voulaient prendre et ce qu'ils voulaient laisser.

L'article 385 met à la charge des père et mère quatre sortes de charges :

1° *Celles auxquelles sont tenus les usufruitiers.*

Ces charges sont déterminées dans la section II du chapitre 1er du titre de l'Usufruit : *Inventaire*, art. 600 ; *réparations d'entretien*, art. 605-607 ; *autres mesures de conservation*, art. 613-614 ; *contributions*, art. 608-609 ;

Et même, comme la jouissance des père et mère constitue un usufruit universel, il faut en conclure qu'ils doivent contribuer au payement des dettes de l'enfant nu-propriétaire, en suppor-

tant les arrérages et les intérêts qui auraient couru pendant le temps de leur jouissance (art. 612).

Toutefois, nous aurons à voir si les rédacteurs ont songé réellement, en formulant ce premier alinéa, à cette dernière espèce de charges.

2° *La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune.*

Nous n'avons aucune observation à faire sur cette espèce de charges, sinon qu'elle comprend évidemment l'obligation d'acquitter les frais de toutes les maladies de l'enfant : les dépenses nécessaires à la conservation ou au recouvrement de la santé sont, de l'avis de tous, comprises dans ce que la loi appelle l'*entretien des enfants*, aussi bien dans l'article 385 que dans l'article 203. Du reste, il n'y a pas à distinguer entre les diverses maladies dont pourrait être atteint l'enfant pendant la durée de la jouissance, entre la *dernière maladie* et les précédentes.

3° *Le payement des arrérages ou intérêts des capitaux.*

De quels arrérages et intérêts s'agit-il dans cette disposition ?

C'est là précisément un point très-débattu et qui fait l'objet principal de cette recherche ; mais il nous paraît utile, avant d'aborder l'examen de cette question, de traiter immédiatement de la quatrième espèce d'obligation imposée par notre article 385 aux père et mère.

4° *Les frais funéraires et ceux de dernière maladie.*

Il nous paraît certain, quoique cela ait été contesté [1], qu'il s'agit ici des frais funéraires et de dernière maladie de la personne qui a transmis sa succession à l'enfant, et non pas des frais funéraires et de dernière maladie de l'enfant lui-même.

Notre solution est admise par presque tous les auteurs [2] et consacrée par la jurisprudence. (Lyon, 16 février 1835 ; Caen, 16 mars 1836 ; 20 décembre 1840.)

En voici les raisons :

1° Les rédacteurs ont voulu évidemment reproduire ici la ré-

[1] Delvincourt, t. I, p. 98, note 4.

[2] Toullier, t. II, n° 1069 ; M. Duranton, t. III, n° 602 ; M. Valette sur Proudhon, t. II, p. 259 ; MM. Duranton, Bonnier et Roustain, t. I, p. 566, M. Demolombe, VI, n° 547 ; Demante, *Cours analytique*, t. II, n° 180 *bis*, III ; Marcadé ; Mourlon, *Répét. écrites*.

gle de l'ancien droit, qui mettait ces frais funéraires et de dernière maladie à la charge du gardien.

Pour bien comprendre ce point, un examen historique de la question est nécessaire.

Autrefois, le gardien acquérait la propriété des meubles de la succession échue à l'enfant tombé en garde[1]. Par réciprocité, le gardien devait payer les dettes mobilières : *Qui garde prend, quitte la rend.*

Ce droit rigoureux, — odieux même, pour me servir des expressions des anciens auteurs (V. Ferrière, Le Camus, etc.), — avait été modifié par plusieurs coutumes, notamment par la nouvelle coutume de Paris, article 267, qui n'accordaient au gardien que l'administration et non la propriété des meubles. Toutefois, même dans ces coutumes, on continua d'obliger le gardien au payement des dettes mobilières.

D'autre part, le droit de garde ne s'appliquait, en général, qu'aux biens de la succession du prédécédé, dont la mort donnait ouverture au droit de garde ; il ne comprenait pas, à la différence du Code, les biens échus à l'enfant depuis l'ouverture de cette succession. Par suite, le gardien n'était pas obligé de payer les dettes de l'enfant nées après cette époque. (Bourjon, t. 1, p. 989 ; Nouv. Deniz., v° GARDE-NOBLE, § 8 ; Pothier, *De la garde noble*, sect. III, art. 1er.)

Cela posé, il ne pouvait y avoir difficulté *pour les frais de dernière maladie* du parent dont la mort donnait ouverture au droit de garde, c'était une dette mobilière du prédécédé ; aussi le gardien en était-il tenu, et les anciens auteurs ne prenaient même pas la peine de le remarquer.

Quant *aux frais funéraires* du prédécédé, le doute était permis, au moins dans les coutumes qui n'accordaient pas le mobilier au gardien. En effet, ces frais ne sont point, à proprement parler, une dette du prédécédé, puisque l'obligation de les payer n'a pris naissance qu'après sa mort, et le gardien n'est tenu que des dettes du défunt. Aussi d'anciens auteurs (Dumoulin, Ricard) pensaient que le gardien n'était pas tenu des frais funéraires dans les coutumes qui n'accordaient pas le mobilier au gardien.

1 Coutumes notoires du Châtelet de Paris, article 25, qu'on trouve à la suite de Brodeau. Coutume d'Orléans qui n'a pas été réformée en ce point, art. 25.

Mais ce sentiment n'avait pas prévalu. Les frais funéraires, en réalité, sont une charge de la succession, cette créance même est privilégiée et doit être acquittée avant les autres dettes de la succession ; il était, dès lors, très-raisonnable que le gardien, qui devait payer les dettes mobilières, supportât à plus forte raison cette charge de la succession qui s'acquitte même avant les dettes.

Cela avait été ainsi jugé par plusieurs décisions du Parlement de Paris, notamment par arrêt du 20 mai 1635 de la cinquième des enquêtes (*consultis classibus*). La pratique se conforma à ces décisions, comme le constate un acte de notoriété du Châtelet de Paris [1], du 18 septembre 1683. (V. Ferrière et Le Camus, t. III, pag. 1005 et suiv.)

En présence de cet état du droit, qu'ont fait les rédacteurs du Code ?

D'abord, il était rationnel d'affranchir les père et mère de l'obligation de payer les dettes mobilières de la succession échue à l'enfant.

Cette obligation n'était, en effet, qu'une conséquence de l'attribution du mobilier qui leur était faite par l'ancien droit, et du moment que l'on n'accordait plus aux père et mère l'actif mobilier, il était injuste de mettre le passif mobilier à leur charge.

Ce que la nouvelle coutume de Paris n'avait pas songé à faire [2], en présence de l'adage encore si puissant : *Qui garde prend, quitte la rend*, les rédacteurs du Code n'ont pas hésité à l'admettre implicitement, comme principe général.

Toutefois, en abrogeant l'ancienne règle : *Qui garde prend, quitte la rend*, nos rédacteurs, par une sorte d'inconséquence, en ont encore maintenu l'application en ce qui concerne les frais funéraires et de dernière maladie, et, ce qui peut paraître bizarre, ils en ont conservé précisément une de ces conséquences qui avait autrefois paru fort contestable.

Mais ceci ne doit pas nous surprendre ; il s'est passé là, sans

[1] Un autre acte de notoriété du Châtelet du 7 mars 1684, qui paraît contraire, n'était pas suivi dans la pratique. V. Nouv. Den., v° Garde Noble, § 12, n° 6.

[2] En cela le système qu'elle consacrait était qualifié, par plusieurs auteurs, de droit dur et inhumain. Ferrière et Le Camus, t. III, p. 1001.

doute, un phénomène qu'ont souvent observé ceux qui étudient historiquement le développement et les transformations des institutions du droit.

Soit inadvertance, soit empire de la tradition, soit considérations spéciales, des conséquences particulières d'un principe survivent au principe lui-même; malgré le défaut d'harmonie, elles continuent de subsister sous l'empire d'une règle nouvelle, à laquelle elles font une exception plus ou moins facile à justifier.

Quel que soit, du reste, le jugement qu'on veuille porter sur les motifs et le mérite de cette dérogation au nouveau principe que les père et mère ne doivent plus supporter les dettes de la succession du prédécédé, la réalité de l'exception ne saurait être sérieusement contestée. Les arguments suivants viennent encore confirmer cette manière de voir.

2° Si l'on voulait rapporter à l'enfant et non au prédécédé ces termes : *les frais funéraires et de dernière maladie,* il y aurait, en ce qui touche les *frais de dernière maladie,* une disposition inutile et même inexacte.

Inutile; car l'obligation de supporter les frais de la dernière maladie de l'enfant était déjà imposée aux père et mère par le deuxième alinéa de notre article, ainsi que nous l'avons déjà reconnu.

Inexacte; en effet, il en résulterait que les père et mère ne doivent en frais de maladie que ceux de la dernière, ce qui est inadmissible, les père et mère devant supporter les frais de toutes les maladies éprouvées par l'enfant durant la jouissance légale.

3° La jouissance légale est un droit onéreux pour l'enfant, comme le faisaient remarquer nos anciens auteurs (N. Den., § 12, n° 3), et l'on comprend très-facilement que la loi ait pu, par une sorte de compensation, imposer aux père et mère une charge dans l'intérêt de l'enfant.

Mais il serait vraiment sans motif que la loi eût grevé les père et mère d'une obligation, dans l'intérêt, non pas de l'enfant, mais de ses héritiers.

Comment comprendre, d'ailleurs, que l'obligation aux frais funéraires puisse naître à la charge des père et père, lorsque déjà leur droit de jouissance a cessé; qu'elle ne reste pas naturellement une charge de la succession de l'enfant à l'acquittement de laquelle les père et mère contribueront pour partie en

qualité d'héritiers, mais qu'ils ne doivent pas supporter en totalité en vertu d'un droit de jouissance déjà éteint ?

Nous arrivons maintenant à l'objet principal de cette recherche.

Quels sont les arrérages ou intérêts de capitaux que le 3° de l'article 385 met à la charge des père et mère ?

Le système qui compte le plus de partisans dans la doctrine [1] enseigne qu'il s'agit ici des arrérages et intérêts arriérés qui étaient dus par le défunt au moment où la succession et le droit de jouissance se sont ouverts au profit de l'enfant et des père et mère.

Quant aux arrérages et intérêts dus pour le temps de la durée de la jouissance, les père et mère doivent également les supporter, non pas en vertu du troisième alinéa, mais à titre de charge usufructuaire, en vertu du 1° de l'article 385.

Nous avions longtemps suivi cette doctrine, lorsqu'un nouvel examen fait, il y a trois ans, et recommencé cette année à l'occasion de notre cours, nous a déterminé à changer complétement d'opinion, et cela sans hésiter.

Exposons d'abord les raisons invoquées dans l'opinion qui met à la charge des père et mère les arrérages et intérêts déjà dus au moment où la jouissance légale a commencé.

1° Si le texte ne s'appliquait qu'aux arrérages ou intérêts dus pour le temps de la jouissance, la disposition serait complétement inutile, car ces arrérages ou intérêts sont des charges usufructuaires (art. 612), et, à ce titre, ils rentrent déjà dans la disposition du 1° de l'article 385.

Or, on ne doit pas entendre une disposition dans un sens qui ne lui ferait produire aucun effet (art. 1157).

On ajoute que le texte ne distingue pas, qu'il ne limite en aucune façon aux arrérages qui ont couru pendant la jouissance l'obligation des père et mère.

2° La disposition de l'article 385, 3°, est évidemment empruntée à l'article 267 de la coutume de Paris, qui mettait à la charge du gardien les *dettes et arrérages*.

Or, par *arrérages*, on entendait dans cette coutume aussi bien

[1] MM. Valette sur Proudhon, t. II, p. 256 ; Zachariæ, t. III, p. 683 ; Demangeat, *Revue de droit français et étranger*, 1847, p. 660, note 2 ; Marcadé ; Mourlon ; Demolombe, VI, n° 543 ; Demante, t. II, n° 130 *bis* II.

ceux qui avaient couru pendant la garde, que ceux qui étaient dus au moment de son ouverture et qui étaient arriérés. Pothier, *Garde noble*, sect. III, art. 2, § 5 ; Bourjon, t. I, p. 1006.

Il y a donc lieu de croire que les rédacteurs de notre article ont entendu dans le même sens large le mot *arrérages*, auquel ils ont joint, comme de raison, les *intérêts* des capitaux, dont il ne pouvait être question dans la coutume de Paris, puisque le prêt à intérêt était autrefois défendu.

3° La pensée de la loi se révèle encore par la disposition du même article, qui met à la charge des père et mère les frais funéraires, également par réminiscence de l'ancien droit.

4° Enfin, on peut trouver à la loi ainsi entendue un motif fort raisonnable. Le législateur a voulu qu'on n'entamât pas les capitaux de l'enfant pour payer ces dettes d'arrérages et d'intérêts qu'on acquitte, en général, sur les revenus. La jouissance est un droit exorbitant; il était juste, par certaines compensations, d'atténuer ce qu'elle pouvait avoir d'onéreux pour l'enfant.

Quelque séduisantes que paraissent ces raisons, elles ne peuvent justifier le système qui les invoque.

Au triple point de vue de la raison, de l'histoire, du texte de la loi, on doit, selon nous, le rejeter et ne mettre à la charge des père et mère que les arrérages et intérêts dus pour le temps de leur jouissance [1].

I. Au point de vue de la raison, c'est-à-dire de l'équité.

Il n'est pas juste que le père, qui n'a pas eu les revenus perçus à l'époque antérieure à sa jouissance, soit obligé de payer les arrérages et intérêts qui étaient les charges de ces mêmes revenus.

Ainsi, supposons qu'au moment où la personne qui laisse sa succession à l'enfant vient à mourir, il lui soit dû 50,000 francs d'intérêts, arrérages, fermages, etc., et qu'elle doive, de son côté, 20,000 francs d'intérêts.

Les 50,000 francs dus à l'enfant seront capitalisés, tandis que les 20,000 francs dus pour intérêts, qui auraient dû être payés

[1] Dans le sens de notre opinion, M. Duranton, t. III, n° 401 ; M. Rolland de Villargues, v° USUFRUIT LÉGAL, n° 35 ; M. Taulier, I, p. 502 ; M. Chardon, *Puissance paternelle*, 150. Enfin, le seul arrêt rendu à notre connaissance sur la question, Lyon, 16 février 1835. — 1835 II, p. 110.

sur ces revenus, seraient payés par les père et mère. Est-ce équitable?

Que si, au contraire, quelques jours avant sa mort, le prédécédé avait payé ces 20,000 francs de dettes, le père n'en serait pas chargé.

Est-ce un système bien raisonnable que de faire dépendre le fardeau d'une dette, de cette circonstance tout à fait accidentelle, qu'un payement a eu lieu ou a été retardé, et de faire retomber le désordre ou l'irrégularité d'une gestion sur une personne qui n'en est nullement responsable.

Il est sage, dit-on, que l'on ne prenne pas sur le capital de l'enfant pour payer des dettes de revenus arriérées, et qui ne sont pas très-considérables.

D'abord, ces dettes peuvent s'élever à un chiffre important; dix, vingt années d'intérêts ou d'arrérages peuvent être dues.

En outre, si cette raison paraît satisfaisante relativement aux arrérages et intérêts arriérés, pourquoi n'en serait-il pas de même des autres charges des revenus, *les fermages et les loyers* dus par le défunt?

Et cependant, on reconnaît que, malgré la complète analogie, on ne pourrait mettre ces dettes de fermages et loyers arriérés à la charge des père et mère (M. Demolombe, t. VI, n° 546). Il y a quatre espèces de dettes de fruits civils, les père et mère seraient tenus des deux premières, mais non des deux autres! Est-ce là un système rationnel qu'on puisse facilement supposer au législateur?

En principe et d'après le droit commun, l'usufruitier universel ne doit supporter que les charges correspondantes au temps de sa jouissance.

On veut déroger à cette règle, et la dérogation proposée ne s'appliquerait pas à tous les cas où son motif, fort contestable d'ailleurs, exigerait qu'on l'étendît!

II. Au point de vue de l'histoire des sources de notre disposition.

Il n'y a rien à conclure, en faveur de l'opinion contraire, de la disposition de l'ancien droit, qui mettait à la charge du gardien le payement des arrérages dus pour le temps antérieur à l'ouverture de la garde.

En effet, cette décision était fondée sur ce que ces arrérages

formaient une dette mobilière, et que le gardien devait acquitter *les dettes mobilières* de la succession du précédé. C'est la raison donnée par tous les auteurs. (Duplessis, sur l'article 267, t. I, p. 267 ; Bourjon, t. I, p. 1006 ; Pothier, *De la garde noble*, sect. III, art. 2, § 5.)

Mais précisément, puisque, sous le Code, les père et mère ne sont plus obligés de payer les dettes de la succession échue à l'enfant, la conséquence nécessaire est qu'ils ne sont plus tenus de ces arrérages arriérés. Décider autrement serait admettre l'application d'une règle abrogée, ce serait imputer une inconséquence au législateur.

On l'a bien fait, dit-on, dans l'opinion contraire, pour les frais funéraires et de dernière maladie.

Il est vrai ; mais à cela plusieurs réponses.

D'abord, de ce que la loi aurait, dans le 4° de l'article 385, édicté une disposition qui n'est plus en harmonie avec le nouveau principe qui affranchit les père et mère du payement des dettes, il serait peu raisonnable d'en conclure qu'il en a été de même dans le troisième alinéa. L'argument d'analogie, qui aurait pour résultat d'aggraver l'inconséquence qu'on peut reprocher au législateur, serait contraire aux règles d'une bonne interprétation.

En outre, il y a entre les frais funéraires, auxquels on a joint par habitude et à cause du caractère également privilégié de ces deux dettes les frais de dernière maladie, et les arrérages ou intérêts arriérés, une différence très-sensible.

Les frais funéraires sont une dette née depuis le commencement de la jouissance, et l'on comprend qu'on ait pu les mettre à la charge des père et mère, sans abandonner le principe nouveau qui affranchit le gardien du payement des dettes antérieures à l'ouverture du droit de jouissance.

Les arrérages et intérêts arriérés, au contraire, sont une dette préexistante antérieure, souvent de plusieurs années, au commencement du droit de jouissance, et on ne pourrait les mettre à la charge du gardien, sans choquer ouvertement la règle nouvelle et si sage qui laisse les dettes à la charge de l'héritier.

On insiste. Les rédacteurs ont emprunté la disposition de notre troisième alinéa à l'article 267 de la coutume de Paris, portant : *A la charge de payer et acquitter par ledit gardien les dettes et arrérages de rentes*, et ils ont dû prendre le mot *arrérages* dans l'ac-

ception qu'il avait dans la coutume. Or, les arrérages que l'article 267 mettait à la charge du gardien s'entendaient aussi bien des arrérages dus pour le temps antérieur à la garde que de ceux qui avaient couru depuis.

Nous répondrons que cette observation est fondée sur une erreur, que le mot *arrérages* n'avait pas, dans l'article 267 de la coutume de Paris, le sens large qu'on lui attribue, et que, dès lors, l'argument se retourne, d'une manière décisive, contre l'opinion qui l'invoque.

En effet, les *arrérages* que l'article 267 mettait à la charge du gardien étaient précisément les arrérages dus pendant le temps de la garde. Quant aux arrérages dus pour le temps antérieur, ils étaient bien aussi à la charge du gardien, mais à titre de dettes mobilières du défunt, en vertu du mot *dettes* qui précédait le mot *arrérages*, et en restreignait ainsi la portée.

Cette explication rationnelle de l'article 267 n'est point proposée ici pour le besoin de notre opinion, elle est formulée en toutes lettres par les meilleurs auteurs, par ceux qui ont le plus souvent servi de guide aux rédacteurs du Code.

Bourjon dit, en effet (t. I, p. 1006) :

« VII. De ce que dessus on conçoit que le gardien doit ac-
« quitter les mineurs étant en sa garde, des arrérages des rentes
« dont la succession du prédécédé des conjoints est tenue ; c'est
« charge des fruits qu'il fait siens et dont le montant doit être
« prélevé sur iceux.

« VIII. Il doit non-seulement les arrérages dus de son temps,
« mais encore ceux échus avant ; *ces derniers sont dettes mobi-*
« *lières*, et l'on a établi ci-dessus qu'il était tenu de toute dette
« mobilière, ce qui les rend à sa charge ; les premiers comme
« étant à prendre sur son usufruit, et les autres comme étant
« devenus dettes mobilières par leur échéance, toutes lesquelles
« la coutume fait tomber sur lui. »

Pothier s'exprime avec la même clarté (*De la garde noble*, sect. III, tit. II, § 5) :

« Il doit aussi acquitter les arrérages des rentes constituées
« dues par la succession du prédécédé, tant ceux courus du vi-
« vant du prédécédé, *parce que ces arrérages sont dettes mobi-*
« *lières de la succession*, que ceux courus pendant la garde, parce
« que, quoiqu'ils ne soient charges de la jouissance d'aucun hé-

« ritage de la succession en particulier, ils sont charges de la « jouissance de l'universalité des biens des successions, » etc. (V. aussi Duplessis, t. I, p. 267.)

N'est-il pas évident que si le gardien ne devait les arrérages antérieurs à la garde que *parce que ces arrérages étaient dettes mobilières de la succession,* les père et mère ne doivent plus les acquitter, sous l'empire du Code, puisqu'ils ne sont plus tenus des dettes de la succession échue à l'enfant? Ne devient-il pas, dès lors, certain que l'article 385, en mettant à leur charge les arrérages et intérêts des capitaux, n'ont entendu parler que de ceux qui ont couru pendant la durée de la jouissance légale?

III. Abordons maintenant l'argument tiré du texte.

Entendu dans notre sens, le troisième alinéa, dit-on, serait inutile; le premier alinéa aurait suffi pour mettre les arrérages et intérêts à la charge des père et mère. Cela est vrai. Mais combien de fois la loi, après avoir posé un principe général, n'en a-t-elle pas formulé inutilement des conséquences particulières? Et quant à notre disposition, ne comprend-on pas facilement comment les rédacteurs ont été conduits à reproduire une proposition tant de fois formulée et aussi inutilement par nos anciens auteurs?

Est-il bien certain qu'en parlant *des charges dont sont tenus les usufruitiers,* les rédacteurs aient songé aux charges d'intérêts et d'arrérages dont est tenu le seul usufruitier universel, surtout si l'on remarque que la section II du chapitre Ier du titre de l'usufruit où il est traité *des obligations de l'usufruitier* n'était pas encore soumise à la discussion? N'est-il pas probable, au contraire, qu'ils ont dans le 1° de l'article 385 pensé seulement aux obligations relatives à l'inventaire, aux réparations d'entretien, aux contributions et autres charges de même nature?

Enfin, il y a une réponse plus directe à l'opinion contraire, et qui nous semble décisive. C'est que, dans ce système pas plus que dans le nôtre, on ne peut donner du troisième alinéa de l'article 385 une explication à l'abri de toute critique.

En effet, ou bien les arrérages et intérêts, dont parle l'alinéa, ne sont que les arrérages et intérêts échus avant la jouissance, et alors on apporte une restriction contraire au texte, et au sens que ces expressions ont toujours eu dans l'ancienne jurisprudence à laquelle les termes de la disposition sont empruntés; ou bien

on admet que l'article parle non-seulement des arrérages antérieurs à la jouissance, mais aussi de ceux qui ont couru depuis; et alors on reconnaît, comme nous, que la disposition est sujette au reproche d'inutilité et de répétition.

Maintenant, laissant tous ces arguments particuliers invoqués de part et d'autre, nous terminerons cette discussion par une considération qui frappera sans doute les esprits qui cherchent le progrès du droit dans les enseignements de l'histoire.

Le résultat donné par notre interprétation achève de compléter la transformation, si curieuse et si lente à la fois, du droit de garde, et par là s'efface le dernier vestige du caractère féodal de cette institution. Un rapide tableau historique de ces modifications successives mettra dans tout son jour notre pensée à cet égard, et nous servira en même temps de conclusion.

Le droit de garde naquit du système féodal. Le vassal sous-âgé ne pouvant s'acquitter du service militaire, il était juste que le seigneur reprît le fief jusqu'à ce que le vassal en pût faire le service.

Par succession de temps ce droit dégénéra, ainsi parle Ferrière (t. III, p. 945,), *en un véritable pillage, car on l'étendit aux meubles et aux rotures.* C'est donc l'abus de la force et la barbarie des temps qui font naître cette odieuse coutume d'attribuer aux gardiens la propriété des meubles en les soumettant, bien entendu, au payement des dettes mobilières. Telle est l'origine de la célèbre règle : *Qui garde prend, quitte la rend*, qui n'était qu'un correctif de la spoliation des mineurs.

Les progrès de la civilisation devaient nécessairement restreindre ce droit barbare, et finir par le transformer. Aussi, voyons-nous la jurisprudence marcher d'une manière constante vers ce but.

La garde seigneuriale dans la plupart des coutumes disparaît[1] et fait place à la garde noble, à l'imitation de laquelle s'établit la garde bourgeoise au profit des habitants de Paris.

La garde des biens d'un mineur n'est plus un privilége du seigneur; on la confie aux plus proches parents de l'enfant, et bientôt elle n'est plus accordée qu'aux ascendants nobles, pour

[1] En Normandie, et quelques autres coutumes, la garde seigneuriale continue de subsister, mais restreinte aux fiefs.

la garde noble, et au survivant des père et mère, pour la garde bourgeoise.

Le droit de garde, déjà limité quant aux personnes, est aussi restreint quant aux biens ; il ne porte que sur la succession du prémourant des père et mère, et non sur les biens acquis par le mineur depuis l'ouverture de la garde.

Enfin, progrès plus important, la propriété des meubles n'est plus, dans la plupart des coutumes, donnée au gardien [1]. Mais, inconséquence remarquable, par routine ou par réaction exagérée en faveur des mineurs, on continue d'obliger le gardien à payer les dettes mobilières, quoiqu'il n'ait plus l'actif mobilier.

Ainsi modifié, transformé, le droit de garde devient un attribut de la puissance paternelle, restant encore soumis à des règles peu en harmonie avec sa nouvelle nature, parce qu'elles sont un vestige de son origine barbare.

En présence de cet état du droit, la mission des rédacteurs était commandée par le bon sens, mission à laquelle ils ont rarement failli.

Puisqu'ils voulaient conserver cette institution, comme attribut raisonnable de la puissance paternelle, ils devaient la débarrasser des dispositions dues à son origine féodale, et développer les conséquences de son nouveau caractère.

De là les trois modifications suivantes apportées par le Code à l'ancien droit :

1° Restriction de la jouissance légale aux seuls père et mère, puisque eux seuls ont la puissance paternelle proprement dite. (Art. 371 et suiv.)

2° Extension, au contraire, du droit de jouissance des père et mère à tous les biens de l'enfant, puisqu'il n'y a aucune raison pour que la puissance paternelle ne produise pas ses effets sur tout le patrimoine.

3° Enfin, abrogation tacite de la règle : *Qui garde prend, quitte la rend*, devenue inique, depuis que le gardien ne dépouille plus le mineur de son mobilier.

Cette troisième innovation, qui affranchit les père et mère du

[1] Parmi les coutumes qui avaient conservé cet abus de la force passé en usage, on doit citer Orléans (art. 25).

payement des dettes du défunt, ne reçoit qu'une exception qu'on peut à la rigueur justifier par des motifs particuliers, c'est celle qui est relative aux frais funéraires et de dernière maladie.

En ajouter une seconde pour les arrérages et intérêts, sans l'étendre toutefois aux autres dettes de fruits civils arriérés, serait introduire l'anomalie, l'inconséquence dans la loi, ce serait maintenir encore, et sans motif, l'application d'un règle devenue inique, si sagement abrogée par le Code.

FRÉDÉRIC DURANTON,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

CHARTE COMMUNALE

DE LA BASTIDE-L'ÉVÊQUE.

1280.

La Bastide-l'Évêque, canton de Rieupeyroux, arrondissement de Villefranche (Aveyron), village composé d'environ cent maisons, aujourd'hui paroisse et commune, était autrefois une seigneurie importante relevant de la temporalité de l'évêque de Rodez.

Nous publions ici la charte de commune qui fut donnée à cette localité par Raymond de Colmont, de la noble et puissante famille des seigneurs de Colmont d'Olt, qui fut évêque de Rodez de 1274 à 1278. Raymond de Colmont posa la première pierre de la cathédrale de Rodez le 8 des calendes de juin 1278.

Le titre original de cette charte ne se retrouve pas dans les archives départementales de l'Aveyron, mais il y en a une copie authentique, qui remonte à la fin du quinzième siècle, et une transcription qui date du quatorzième. C'est sur ces deux titres, d'ailleurs très-bien conservés, qu'a été faite la présente copie par M. L. Bion de Marlavagne, ancien archiviste du département de l'Aveyron.

In nomine Domini nostri Jesus Christi. Amen.

Noverint universi presentem paginam inspecturi quod nos Raymundus miseratione divina episcopus Ruthenensis propria voluntate ac mera liberalite inducti, attenta et diligenter inspecta utilitate ecclesie et episcopatus nostri Ruthenensis, per nos et successores nostros donamus et concedimus ville nostre de Bas-

tida incepte de novo ædificari et fundari in territorio nostro in parrochia ecclesie nostre de Cabanis, et habitatoribus ejusdem presentibus et futuris immunitates, libertates et consuetudines infra scriptas videlicet.

In primis volumus et concedimus quod omnes habitatores dicte ville ab omnibus toltis, questis, exactionibus et gravationibus sint liberi et immunes, salvis justiciis foris factorum et communitatis dicte ville. Prohibemus etiam et districte precipimus ne aliquis sive baiulus noster sive alius quicumque, occasione nostri seu alia, aliquem habitatorem dicte ville in aliquo gravare presumat, quod si fecerit, nos veritate comperta offensam emendari mora postposita faciemus, presumptorem nichilominus animadversione debita puniendo.

Preterea volumus et concedimus quod baiulus noster non possit aliquem hominem de dicta villa capere qui velit et possit dare fidejussores vel habeat res immobiles ad hoc sufficientes nisi forte tantum deliquisset quod esset in corpore puniendus. Et si forte homines habentes res immobiles non habeant fidejussores incontinenti paratos, et de hoc saltem per juramentum eorum constaret, quod expectentur a die quo requirentur fidejussores ab eis usque in crastinum ad horam terciam ; et licet dati fuerint fidejussores per aliquem hominem dicte ville super questione que non habeat coram baiulo ventilari, nichil debetur extorqueri propter hoc per dictum baiulum ab eodem. Et si aliquis homo dicte ville per baiulum nostrum monitus seu per curiam nostram debitum confessatus, infra XIIII dies solverit, nichil debet exhigi ab eodem ; si vero infra dictum terminum non solverit et postea curia nostra ipsum compulerit ad solvendum, tenebitur pro pena in tribus solidis Ruthenensibus nostre curie applicandis.

Item volumus et concedimus quod si aliquis in dicta villa seu ejus pertinenciis dampnum dederit furando, incendendo, talando, vel alio modo quocumque, quod prius fiat emenda dampnum passo quam aliquid deveniat ad curiam nostram de bonis malefactoris ejusdem.

Item volumus quod ne quis baiulus ipsius ville, neque aliquis alius possit habitatores ipsius ville compellere invitos ad manulevandum sibi victualia que venalia exposuerunt, nisi fidejussorem, seu fidejussores ydoneos juxta voluntatem manulevantis

proposuerit et dederit, vel secundum quantitatem ipsius debiti tradiderit bonum pignus; et si debitor requisitus post mensem per ipsum creditorem nolit redimere dictum pignus, ipse creditor poterit ex tunc ipsum pignus ponere seu tradere in pignore alii pro debito suo, et si contingat propter hoc pignus amitti, ipsum creditorem nolumus in aliquo non teneri.

Item volumus et concedimus quod liceat habitatoribus dicte ville se transferre et mutare ad aliam villam seu castrum seu locum quemcumque voluerint cum bonis suis sine molestatione quacumque; nisi ratione seu occasione foris facti alicujus seu debiti vel similium de quibus non satisfecisset, teneretur.

Item volumus et statuimus, quod sint in ipsa villa quatuor consules concessi per curiam nostram et jurati, et qui fuerunt consules uno anno possint eligere consules pro sequenti anno certa die ad eligendum statuta, videlicet in crastinum nativitatis Domini; et electi consules presententur curie nostre qui electos recipiat et approbet nisi ex causa duxerit refutandos eosdem seu aliquem sive aliquos de eisdem loco cujus seu quorum refutatorum ipsa curia imponat alium seu alios de prioribus dicte ville.

Item volumus quod consules ipsius ville eligant bannerium et electum presentent curie nostre qui recipiat et concedat eumdem, recepto ab ipso corporali juramento, de officio suo fideliter et legaliter exequendo, nisi ex causa fuerit refutandus.

Item volumus quod consules predicti per se possint facere talliam pro utilitate et negotiis communitatis, et dictam talliam recipere et exhigere et pignorare et compellere nolentes solvere per servientem nostrum juratum.

Item volumus et statuimus quod qui in ortis, vineis, pratis, satis, de nocte in propria persona talam fecerit in ipsa villa seu pertinenciis ejusdem, solvat curie nostre pro pena triginta solidos, et etiam solvat pro dexs seu banno tres solidos, et nichilominus satisfaciat dampnum passo; si vero de die in propria persona in predictis ut dictum est dampnum dederit, solvat tres solidos tantum pro dexs; et si cum animalibus ex certa scientia in predictis dampnum dederit, solvat similiter tres solidos pro dexs seu banno, et nichilominus bannum cujuslibet animalis cum quibus dederit dictum dampnum. Quod bannum animalium sive pena est, videlicet ex pro quolibet grosso animali videlicet equo,

asino, bove et similibus, solventur quatuor denarii, et pro quolibet minuto animali scilicet ove, capra, porco et similibus et etiam ansere, solventur unus denarius ; et in quolibet casu debet nichilominus satisfieri dampnum passo.

Item volumus quod predictos deexs seu banna imposita contra homines vel bestias talam facientes in dicta villa seu pertinenciis ejusdem infra mediam leucam, predicti consules possint habere et exhigere per se vel proprium nuncium juratum ut supra dictum est, excepta pena XXX^{m} solidorum imposita contra tolantes de nocte in propria persona, ita quod predictos deexs sive banna habita et exacta possint expendere in bonos communes usus dicte ville, videlicet in faciendis muris seu fossatis vel reficiendis itineribus seu pontibus vel aliis communibus utilitatibus dicte ville et non in aliis.

Item volumus quod baiulus noster de consilio consulum, possit ibidem constituere preconem et edicta et precepta facere preconisari per villam in parte baiuli nostri et consulum pro convocando communitatem pro faciendis communibus operibus ipsius ville, ut pro viis et passibus et pontibus reparandis et aliis similibus et penam imponere contra transgressores preceptorum et imposita exhigere et recipere ; que exacta et recepta debet per consules expendi in communes bonos usus ipsius ville sicut dictum et statutum est superius de bannis.

Item volumus et statuimus quod macellarii sive carnifices dicte ville vendant et vendere jurent carnes sanas et bonas, et quod possint lucrari in quolibet solido precii venalis tres obolas tantum a festo Michaelis usque ad Pascham, et a festo Paschatis usque ad dictum festum sancti Michaelis duos denarios tantum, ipsis carnibus antequam vendantur estimatis per baiulum et consules seu alterum eorum, vel per alium ad hoc per baiulum seu consules deputatum, et si predicti macellarii contra predicta commiserint, puniantur in ipsis carnibus et in septem solidis ultra, nostre curie applicandis ; nolumus tamen quod carnes suas alicui manulevare teneantur jurati.

Item volumus quod quicumque in dicta villa porcum emerit et cum talhaverit, si reperiatur non sanus, apud ipsum emptorem remaneat, deducto denario de quolibet solido precii constituti.

Item volumus quod pistores seu venditores panis in dicta villa

possint lucrari octo denarios tantum et furfur in quolibet cestario, et si circa hec excesserint puniantur per curiam nostram in amissione totius panis sic defraudati detribuendi pauperibus per consules dicte ville.

Item nos debemus facere furnum seu furnos in dicta villa secundum loci exhigentiam ad proprias expensas, et fornerium seu fornerios tenere, et decoquere sestariatam paste pro quatuor denariis; et si panis ob culpam fornerii malecoctus an male dispositus fuerit, idem fornerius restituere teneatur. Habitatores vero mansorum existentium extra in pertinenciis dicte ville proprios furnos possint construere et habere; ita tamen quod habitatores dicte ville non possint nec audeant pro coquendo se ad alios furnos nisi ad nostros transferre, nisi forte propter aliquod impedimentum quod in nostro seu nostris furnis advenisset, non possent decoquere in eisdem.

Item volumus et concedimus quod quilibet habitator dicte ville sue pertinenciarum ejusdem possit facere molendinum in proprio solo sive acensato; ita tamen quod habitatores ipsius ville pro molendo non possint se divertere ad aliqua molendina, nisi ad molendinum seu molendina ibidem, nisi forte pro eo quod non possint in nostris molendinis comode molere propter multitudinem advenientium vel raritatem aque, contigerit eos ob nimiam tardationem molendi pati gravem jacturam, quia tunc possent pro molendo ad alia se molendina transferre.

Item volumus quod habitatores ipsius ville seu pertinenciarum ejusdem pro causis suis seu controversiis extra villam non trahantur, sed judicem nostrum presentem habeant certis assiziis per ipsum judicem assignandis ibidem.

Item volumus quod nuncius noster seu baiulus pro citationibus seu pignorationibus factis seu faciendis infra dictam villam nichil audeant extorquere.

Item volumus et concedimus quod habitatores ipsius ville libere possint uti lignis, aquis, herbis, pascuis, et lapidibus et nemoribus, silvis, pratis et devezis; que deveze fient ad arbitrium baiuli et consulum predictorum.

Item volumus et concedimus quod concedatur agrale habens quatuor cannas in amplitudine et decem in longitudine pro quatuor denariis Ruthenensibus solvendis in festo nativitatis Domini annuatim nobis pro censu et cesteriata terre ad opus ortorum

vel cujuscumque culture in ipsa villa pro duobus solidis solvendis predicto termino et pro sex denariis pro accapito vel reaccapito contingenti.

Item volumus et concedimus quod pro quolibet cestario censuali de frumento vel siligine dentur duodecim denarii pro accapito vel reaccapito ; et pro quolibet cestario censuali avene octo denarii pro accapito vel reaccapito dentur.

Item volumus et concedimus quod habitatores in pertinenciis dicte ville infra mediam leucam qui sunt de communitate jurata dicte ville de Bastida habentes domos, terras, possessiones, francas sive censuales, possint eas interveniente tamen auctoritate nostra seu curie nostre transferre vendere et in emphiteosim dare, dum tamen non in personas prohibitas et super aucmentatum censum retinere, salvis semper nobis laudimiis, vendis, accapitis et omnibus aliis juribus directi dominii, et salvo quod non possint dare ad supercensum possessionem aliquam nobis seu baiulo nostro irrequisitis, et tunc etiam non nisi hominibus morantibus sub districtu et juridictione nostra, et quod dum juridictione nostra morarentur et nichilominus pro primo censu nostro tota possessio et possessores ejusdem quicumque fuerint et quocumque semper sint obligati.

Item volumus et statuimus quod si quis major XIIII annis irato animo aliquem usque ad sanguinis effusionem percusserit, puniatur per curiam nostram in sexaginta solidos et unum denarium eidem nostre curie applicandis, nisi forte ex illa percussione sanguis de naso solum emanavit, quia tunc in triginta solidos et unum denarium tantum per dictam curiam puniretur eidem curie applicandis. Percuciens vero cum baculo seu lapide vel similibus sine sanguinis effusione in XIIII solidos puniatur ut supra. Percuciens autem cum pugno vel pede sine sanguinis effusione in septem solidos puniatur ut supra : vel si lapidem seu fustem seu similia immiserit contra aliquem irato animo et maliciose et non percusserit, in septem solidos puniatur ut supra.

Item reperti in adulterio per curiam nostram fustigentur per villam, vel solvant eidem curie decem libras Ruthenenses et altero solvente dictas decem libras uterque erit liberatus a pena predicta.

Item si aliquis inventus fuerit tenere falsam mensuram seu

falsum pondus pro mensurando seu ponderando, solvat curie nostre septem solidos pro pena et nichilominus amittat mensuram et pondus et satisficiat de fraudulenter receptis per falsam mensuram et pondus ad arbitrium consulum dicte ville.

Item in enquestis faciendis per curiam nostram baiulus noster advocet, si et prout sibi videtur expedire, consules dicte ville ut dictis enquestis intersint.

Item volumus quod tempore levandarum decimarum de bladis excrescentibus in parrochia ecclesie nostre de Cabanis in pertinenciis dicte ville infra mediam leucam, cultores deducant rationalibiter moderata jornalia facta per se vel per conductores in recolligendis bladis, de residuo tamen pro decima decimam partem reddere teneantur.

Item decime porcellorum recipiantur infra VII^m^ septimanas a tempore quo nati erunt porcelli ; ex tunc vero nisi recepte fuerint, homines dicti loci pro porcello qui debebitur pro decima non nisi in tribus solidis tantum teneantur.

Decime vero agnorum et edorum recipiantur infra dimidiam mensem maï ; ex tunc non nisi recepte fuerint, homines dicti loci non nisi in quinque solidos pro agno qui debetur pro decima, et in tribus solidis pro edo tantum teneantur.

In quorum omnium fidem et testimonium sigillum nostrum presentibus duximus apponendum.

Datum Ruthenis die Veneris post festum beati Barnabe apostoli anno Domini millesimo ducentesimo octuagesimo.

Eugène de Rozière.

BIBLIOGRAPHIE.

Essai sur l'histoire et la législation particulière des gains de survie entre époux, par PAUL DE SALVANDY[1]. — 1 vol. in-8.

Parmi les élèves qu'un empressement studieux réunit autour de nos chaires, notre œil distingue, avec un affectueux intérêt, ces jeunes gens à qui la politique avait fait entrevoir un avenir facile et brillant, et que le sort des révolutions condamne, après de légitimes illusions, à recommencer péniblement la carrière et la fortune de leurs pères; mais ce qui nous touche plus encore, c'est de voir cette génération, déshéritée de ses premières espérances, se retremper dignement dans le travail, et par la distinction de son esprit, comme par la noble simplicité avec laquelle elle accepte une position laborieuse, augmenter ses droits à l'estime publique. Ce spectacle s'était déjà présenté à nos pères; il m'avait frappé en 1830; mais j'étais loin de croire qu'en moins d'un quart de siècle, il frapperait encore deux fois mes regards. Je m'en afflige pour mon temps, car cette coupe réglée de générations éminentes atteste un mouvement incessant de révolutions dévorantes; cependant on peut en tirer cette consolante conclusion, que notre pays renferme une pépinière féconde d'hommes de mérite, une source intarissable de grandeur, et que la succession de l'esprit, comme celle des sentiments, ne sera jamais interrompue sur la terre que nous foulons.

Telles sont les réflexions que m'inspira tout d'abord la lecture de l'ouvrage de M. Paul de Salvandy, dont je viens rendre compte un peu tard, peut-être, mais dont l'approbation n'a pas vieilli dans mon esprit. J'avais éprouvé la même sensation en assistant à la thèse brillante que M. Guizot fils a soutenue devant la Faculté des lettres, illustrée par son respectable père. La Faculté de droit de Paris nous a offert, coup sur coup, des exemples réitérés de ces succès intéressants. Deux fils de M. Bethmont y ont obtenu des suffrages mérités. Il y a quelques jours à peine,

[1] Cet article était composé depuis longtemps. Des circonstances particulières en ont retardé la publication. (*Notes des Rédacteurs.*)

un fils de M. A. Passy a conquis le grade de docteur par deux dissertations savantes, et aussi parfaitement défendues que remarquablement rédigées, l'une sur les origines de la communauté, l'autre sur le contrat de société. En un mot, la génération qui, pendant vingt ans, a gouverné notre pays, se reproduit, avec les qualités d'intelligence, l'honnêteté libérale et la patiente application qui feront certainement la fortune des fils, comme elles ont fait, en d'autres temps, la fortune de leurs pères. Le livre de M. Paul de Salvandy en est pour lui, en particulier, un infaillible présage, et il n'est pas un homme de cœur qui n'en souhaite la vérification; une seule condition du succès est que l'auteur persiste avec constance dans la voie qu'il vient de se frayer, par l'ouvrage qu'il a présenté comme tribut académique à la Faculté de droit de Paris, pour le grade de docteur. De trop douloureuses préoccupations l'ont affecté récemment, pour que nous puissions nous plaindre de ne l'avoir pas vu figurer au dernier concours d'agrégation. Mais c'est là que nous lui montrons la voie ouverte pour son talent et son savoir, et il peut compter d'y être suivi par la sympathie universelle qui s'attache à son nom, comme à sa personne.

J'exprimerai cependant un regret, c'est que le jeune docteur qui a si profondément élaboré cette grande question du droit des mariages et des contrats nuptiaux ne se soit pas souvenu que l'Académie des sciences morales et politiques avait proposé, pour l'année 1856, une question analogue, qui a fourni sujet au plus brillant concours, et dont M. de Salvandy aurait à coup sûr augmenté l'éclat, à n'en juger que par les précieux matériaux employés à la rédaction de sa thèse, et qui eussent fait le fonds d'un excellent mémoire à l'Institut. Il est impossible, en effet, de saisir un sujet avec une plus vive intelligence, de le traiter en si parfaite connaissance de cause, et de montrer, dans le cours d'une longue et lumineuse discussion, plus d'indépendance d'esprit et de judicieuse critique. Je ne dirai pas oui à toutes ses solutions, et je lui demande pardon à cet égard du supplément de *soutenance* auquel je vais le soumettre ; mais je ne ferai que rendre hommage à la vérité en louant la rectitude générale de ses vues, l'exactitude précise de sa science, la fermeté constante de son style, sa méthode d'exposition, logique et lucide, son habitude louable de recourir aux sources, et de juger toujours

d'après lui-même, tout en étant déférent pour l'autorité d'autrui. Il écrit l'histoire du droit, non le roman du droit, ce qui est moins agréable peut-être, mais qui assure du moins l'avantage d'être relu par les gens sérieux.

Depuis Boucher d'Argis, qui écrivit son *Traité des gains nuptiaux et de survie* en 1736, si je ne me trompe, cette matière difficile et si digne d'attention n'avait plus été développée avec l'étendue qu'elle comporte ; et encore l'ouvrage de Boucher d'Argis est-il tout simplement un livre de praticien correct et judicieux. Celui de M. P. de Salvandy est d'une tout autre portée ; c'est un livre de science, jeune mais complète. Il débute par une belle et juste pensée empruntée à M. de Barante, savoir : que l'ensemble des lois civiles d'un peuple compose sa constitution, plus réellement que sa loi constitutionnelle elle-même. Ainsi l'avaient pensé les Romains qui avaient cultivé avec tant de prévoyance et de soin leur droit civil proprement dit. Aussi, lorsque la forme du gouvernement fut changée, la classe éclairée de Rome se réfugia dans le droit civil, comme dans une garantie politique ; d'où résulta ce phénomène, encore aujourd'hui admiré, du plus grand développement scientifique du droit qu'on ait vu sur la terre. Le droit fut pour l'esprit positif des Romains ce qu'avait été la philosophie pour l'esprit spéculatif de la Grèce.

Ces réflexions ont leur opportunité, à propos du sujet traité par M. P. de Salvandy : *l'Histoire et la législation particulières des gains de survie entre époux*, branche considérable de la grande question des contrats nuptiaux, branche considérable du grand arbre de la législation des mariages. Ce sujet, en apparence restreint, est donc, en réalité, une partie importante de l'histoire universelle du contrat de mariage, et de la condition civile des époux ; il touche aux plus chers intérêts de la société humaine, et aux plus belles théories du droit romain, comme du droit français. Discuté comme il l'a été par M. P. de Salvandy, sous toutes les faces, et au point de vue du plus vaste développement du droit, on peut dire qu'il fait faire un pas à la science, et ce n'est pas le moindre des mérites de cette thèse doctorale, dont nous ne pouvons et ne voulons donner ici qu'une rapide analyse.

Après avoir apprécié avec élévation les divers systèmes d'association conjugale, et distingué le régime des biens pendant le mariage, des droits des conjoints, à la dissolution, l'auteur sépare

habilement, parmi ces droits, ceux dont la certitude et le caractère invariable entraînent la transmissibilité libre aux héritiers de chaque époux, quel que soit le fait d'où provient la dissolution ; et les droits éventuels, incertains, variables, qui s'ouvrent selon que telle condition s'accomplit, comme la survie de l'époux qui seul peut en réclamer le bénéfice. Ce dernier ordre d'idées, le système de faits juridiques qui s'y rattache, forme le cercle et la limite des recherches de notre docteur ; mais on en voit d'un coup d'œil toute l'étendue; et, pour qui connaît l'histoire du droit, les plus curieuses, comme les plus difficiles questions, en marquent l'intérêt. En effet, ce *tractatus*, comme diraient les Romains, comprend toute l'histoire de la délicatesse des sentiments, entre époux, et l'histoire de la délicatesse du législateur lui-même à l'endroit de la législation des mariages ; c'est à cet aspect que s'est placé tout d'abord M. P. de Salvandy. Ainsi généralisé, ainsi élevé, envisagé dans son ensemble, au point de vue des égards juridiques et de l'intérêt moral qu'inspire au législateur et aux conjoints eux-mêmes la personne du survivant d'entre eux, relativement à l'exécution des contrats nuptiaux, et à la liquidation des intérêts matériels mis en mouvement par la dissolution du mariage, le sujet offre un attrait scientifique dont on ne se doute pas au premier abord. Une idée dominante plane ainsi sur la matière traitée, l'anime, pour ainsi dire, et la suit à travers les siècles et les peuples. Je ne suivrai point le savant auteur dans ce voyage juridique de Rome à Constantinople, de l'Orient grec au midi de la Gaule, puis dans le Nord germanique, enfin dans la France coutumière, où M. Paul de Salvandy va recueillir tour à tour, et un à un, les éléments constitutifs de notre droit moderne. Je me bornerai à quelques observations critiques sur les points principaux touchés dans la dissertation.

La première théorie qui se présente à l'examen de M. P. de Salvandy est celle de la restitution de la dot, en droit romain ; théorie féconde et vaste dont notre docteur résume avec succès tous les textes, mais dans l'interprétation desquels il s'abandonne un peu trop, peut-être, à l'idée préconçue d'un achat de la femme, idée à l'égard de laquelle je fais mes réserves. Rien, à mon sens, n'autorise à penser qu'à Rome, à aucune époque, la femme ait été l'objet d'un achat véritable. La chose me semble évidente, tout d'abord, pour le mariage sans *manus* ; et ce mariage est

aussi ancien que la cité. Il fallait bien qu'il fût fréquent, puisque la loi des Douze Tables elle-même sanctionnait la *trinoctium usurpatio*. Pour le mariage avec *manus*, il faut écarter de l'hypothèse d'un achat la forme de la *confarreatio*, où l'idée du *consortium totius vitæ*, rendue par le symbole du partage du pain, exclut l'idée d'une sujétion dominicale. Il ne reste donc que la *coemtio*, d'où l'on peut tirer argument. Mais, à cet égard, il ne faut pas confondre la forme avec le fonds. L'achat, ou *nexum*, c'est-à-dire *quod per æs et libram geritur*, était la forme primitive et solennelle de tous les contrats, chez les peuples d'origine latine. On se libérait d'une dette *per æs et libram*, on faisait son testament *per æs et libram*, on s'obligeait à titre de prêt *per æs et libram*, on adoptait *per æs et libram*. La *coemtio* était une forme adoucie du *nexum*; mais la puissance maritale ainsi acquise n'était, pas plus que la puissance paternelle, un *dominium*. L'une et l'autre étaient une magistrature emportant l'*imperium domesticum*, comme dit Cicéron *pro Cæcina*. Plaute dit : *uxorium imperium*, et le vieux Caton, dans Aulu-Gelle, nous dit aussi de l'époux : *imperium habet*. Le meurtre de la femme par le mari est compris dans les cas de *parricidium* par la loi *Pompeia*, tandis que cette loi garde le silence et un silence affecté sur le meurtre de l'enfant par le père, soit qu'elle ne suppose point la possibilité de cet acte, soit qu'elle respecte encore dans le père le premier et souverain magistrat de la famille. Quant au cas d'adultère, il est vrai que Caton, dans Aulu-Gelle, semble autoriser l'époux outragé à se faire justice; mais c'est plutôt un fait d'opinion dont il parle qu'un droit qu'il constate. La loi *Pompeia* ne fait aucune exception ; la loi *Julia de adulteriis* pas davantage, et le témoignage de Papinien prouve que le juge suprême de la femme était son père même, au tribunal duquel le mari devait la traduire, surtout si le père avait gardé la *potestas* ; et Papinien ajoute cette réflexion : *Ideo autem patri, non marito, mulierem... remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit. Ceterum mariti calor et impetus, facile decernentis, fuit refrenandus.* (Fr. 22, ff. 48, 5.) Entre nous et les Romains, qui a été le plus sage ?... La condition de la femme *in manu* était, par rapport à son époux, celle d'une fille, qui avait reçu par la *ductio in domum*, et par la mise en possession de l'*aqua et ignis*, la direction déléguée et l'administration

de la *domus* ; car si elle était *loco filiæ* vis-à-vis de l'époux, autant pour le respect que pour la succession, elle était néanmoins *mater familias* dans la maison. Cette combinaison juridique conciliait admirablement, il faut le dire, tous les sentiments et tous les intérêts, dans un pays où les femmes se mariaient à douze ans, et où la sévère discipline de la famille était l'élément vital de la constitution politique de l'Etat.

Pardonnez cette digression, monsieur Paul, à l'occasion d'un ouvrage où vous analysez le mariage romain, l'origine de la dot, sa *restituabilité*, son régime général, ses variétés, avec une clarté d'exposition et une hauteur de pensées vraiment remarquables, mais dans une direction d'idées que je ne partage pas toujours complétement. Toutefois, je vous prie de garder pour vous seul mon opinion sur ces matières délicates. Vous pressentez aussi mon sentiment, à l'occasion de la loi *Voconia*. Puisque je suis en train de confidences, je vous avoue que j'en approuve l'idée première ; mais son exagération la condamnait à l'inefficacité [1]. Vous avez fourni, à cet égard, une discussion dont j'ai été charmé. Le système de nos propres de ligne et de nos retraits était plus politique, plus sûr et mieux combiné; aussi a-t-il duré plus longtemps. Je ne suis pas moins satisfait de votre *excursus* sur les lois caducaires et sur la *solidi capacitas*, mais j'aurais beaucoup à vous dire sur la *nominum professio*, si la chose avait plus d'importance. Permettez que je renvoie à Panzirol, *variar. lection.* II, chap. 49. Revenons à la *manus*. Il n'y avait rien à craindre, croyez-le, d'institutions civiles qui avaient leur correctif perpétuel et continu dans l'action incessante du cœur humain. La *patria potestas* n'empêchait point le *filius familias* d'être consul. Seulement, elle l'obligeait à descendre de cheval, et à faire baisser les faisceaux, quand il rencontrait son père, et les affaires de l'État n'en allaient pas plus mal. La mère des Gracques était *in manu*, et n'en fut pas moins une noble et magnanime dame. La femme féodale a-t-elle manqué de gran-

[1] Je pense, comme M. de Salvandy, qu'il y a un souvenir de la loi *Voconia* dans cette prescription des lois caducaires, d'après laquelle les femmes mariées privées d'enfant étaient moins bien traitées que les *orbi* ordinaires. Les femmes en furent dédommagées par la profonde atteinte que ces lois portèrent à la tutelle perpétuelle, et, par conséquent, par la facilité qu'elles trouvèrent, dans la suite, à disposer par testament.

deur? Elle a vécu pourtant sous un *mundium* perpétuel. La grande affaire était le principe politique du respect dû au chef de famille. Il a disparu de la constitution civile de la famille moderne, et le régime de la famille n'en est pas meilleur, ni la constitution politique plus solide. Cela soit dit sans nier l'amélioration générale de la société chrétienne.

Pour la destinée de la femme, la question décisive a été celle de la monogamie. Là est le principe vrai de son droit, de sa liberté, de sa dignité. Avec la polygamie, elle est esclave et dégradée ; avec la monogamie, elle accomplit sa mission, celle de la vice-royauté domestique, sous l'inspiration et avec l'appui de son époux. Mais à cet égard, l'instinct des races, les habitudes des peuples, l'influence des climats, ont exercé plus d'empire que les lois. L'Orient est de toute antiquité voué à la polygamie, et les efforts du christianisme n'ont encore pu l'en arracher. L'Occident pélasgique et germanique est de toute antiquité monogame. La haine de la polygamie apparaît dans les poëtes de la Grèce comme un sentiment national; elle provoque une antipathie invincible à l'endroit des races asiatiques. Quant à la question de la disponibilité des biens, elle est à mon avis secondaire, malgré son importance, et se règle au fond, comme dans la mesure, par d'autres considérations. La culture de l'esprit, chez la femme grecque, a été aussi développée qu'en aucun autre lieu de l'univers. Or, la femme grecque ne se croyait point esclave, parce qu'elle était ἐπικλῆρος, mais elle sentait l'esclavage au milieu des pompes de la Perse, à la suite du grand roi. Il est à remarquer qu'à Rome la diversité des sexes n'a point été, en soi, une cause déterminante d'aptitude ou d'incapacité de succéder, et que la liberté de la femme, en ce qui touche le mariage, a toujours été respectée, quoiqu'elle fût *in potestate*. L'était-elle autrefois, chez nous, bien que la *potestas* fût abolie? Demandez à nos grand'mères. Il ne faut pas toujours considérer le principe proclamé par les lois, pour juger de leur valeur, mais plutôt l'usage qu'on en fait, et la manière dont on les applique. Les plus belles lois deviennent détestables par de mauvaises pratiques, et des lois défectueuses, en apparence, produisent d'excellents résultats, par de bonnes pratiques. Le mieux est sans doute de réunir les deux. Mais je ne propose ici qu'un *criterium* historique. Je le crois juste et sensé.

Après un exact et savant résumé de la théorie des *retentiones dotis*, véritables gains de survie légaux ou contractuels, M. de Salvandy expose avec non moins de sagacité le système des actions données pour la poursuite du droit; c'est une des remarquables parties de son travail. Son excellent esprit s'y produit avec tous ses avantages. Il signale, avec une remarquable perspicacité, l'anarchie qui déshonora les familles romaines, lorsque le régime de la *manus* eut été remplacé par la complète indépendance de la femme et par la pratique usuelle du divorce. L'auteur rencontre dans cette époque de transition la *donatio inter virum et uxorem*[1], dont la prohibition apparaît comme un fait juridique presque inopiné, résultant de la coutume, *moribus apud nos receptum est* comme dit Ulpien, et auquel il est difficile d'assigner une date précise. Mais avant qu'il y eût prohibition, il y avait une impossibilité légale, pour le cas où le mariage était avec *manus*. La personnalité de la femme se confondait, en ce cas, en celle de l'époux, comme celle du fils en celle du *pater familias*, et l'absorption de l'une par l'autre était un obstacle à la donation entre eux. Il en était autrement pour le mariage sans *manus*. L'individualité de chacun subsistant en ce cas, la donation était possible; en certain cas, *tutore auctore*. Elle était valable, comme la donation des *sponsi*, l'ancienne *donatio ante nuptias*; car remarquez que les fragments du Vatican, immédiatement après les *vir et uxor*, exceptent les *sponsi* des nullités de la loi *Cincia*. Mais lorsque la *manus* devint rare, et la *tutela perpetua mulierum* purement nominale, et on en fut là dès le premier siècle de l'empire, le divorce devenant en même temps plus fréquent, l'opinion publique réclama justement l'application au mariage, quel qu'il fût, d'un empêchement de donner qu'on n'avait pas eu besoin d'édicter jadis, parce qu'on en trouvait l'équivalent dans un autre ordre d'idées; et, la morale d'accord avec ce que j'appellerais la politique du droit, une jurisprudence nouvelle s'établit, fondée sur le consentement général, d'après laquelle la qualité d'époux fut un obstacle dirimant au

[1] Je dois rappeler, pour être juste, qu'un autre docteur, M. Boutry, avait publié, en l'année 1852, une remarquable thèse, ou dissertation doctorale, sur l'histoire des donations entre époux. Dès 1842, M. Trébutien avait offert sur le même sujet un tribut académique dont le mérite, pour quelques parties du moins, doit être signalé, par exemple ce qu'il dit du *Don mobilier*.

contrat de donation entre vifs. C'est alors qu'on s'accorde sur la formule des motifs de prohibition, donnée par Ulpien et par Paul, et par laquelle on remplaça l'ancien motif d'impossibilité juridique qui ne pouvait guère désormais se produire, vu l'absence de la *manus*.

Au sujet des raisons de la prohibition, je me permettrai *transeundo* quelques remarques philologiques. Il y a au Digeste, au titre *De donat. inter vir. et uxor.*, XXIV, 1, un fragment 2 tiré de Paul, cousu par Tribonien au fragment 1 tiré d'Ulpien, de telle sorte que les deux pièces n'en font qu'une, ainsi conçue : *Hoc autem receptum est* (c'est-à-dire *ne inter virum et uxorem donationes valerent*) *ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* (texte d'Ulpien), *nec esset iis studium liberos potius educendi* (texte de Paul), etc. Ces derniers mots de Paul, *studium educendi*, sont généralement interprétés par le soin de l'éducation des enfants auquel les époux doivent rester appliqués plutôt qu'au soin d'obtenir des donations l'un de l'autre. Au lieu d'*educendi*, la Vulgate lit *educandi* ; mais il est certain qu'*educere* se trouve souvent employé pour *educare*, avec la même acception figurée que nous donnons au mot ÉLEVER. Cicéron, Térence, nous en offrent des exemples, et Paul lui-même, au fragment 28, *eod. tit.* Cependant, si l'on regarde de près à la construction de la phrase, la forme : *nec esset iis*, etc. laisse à désirer pour la clarté. J'ai entendu proposer de traduire *educere* par exclure, dépouiller, mais je n'en suis pas d'avis. Les rédacteurs des Basiliques lui avaient donné un autre sens, et l'avaient rendu par παιδοποιειν, *liberos procreare*, signification qui, dans l'espèce posée, est conforme à l'esprit et aux traditions de l'antiquité. On en peut voir de nombreuses formules dans Brisson, VI, 122. *Uxorem ducere liberorum procreandorum causa*, était une clause de style dans les *Tabulæ nuptiales*. Mais il reste toujours l'observation grammaticale proposée : je croirais volontiers que le texte reçu de Paul, en cet endroit, est altéré. Il y faudrait introduire une correction et lire *nec cesset*, au lieu de *nec esset*. L'original portait probablement *necesset* ; il aurait fallu doubler le *c*, en séparant les deux mots. Rien n'est plus fréquent que de pareilles contractions dans les manuscrits et sur les inscriptions. Rien n'est plus fréquent aussi que la négligence des graveurs ou des copistes à reproduire la majuscule, indice

d'un doublement de lettre. Avec cette légère addition, le *nec cesset iis studium liberos potius educendi* a un sens net, déterminé, et une forme correcte qui manque à la leçon actuelle. Que l'on traduise ensuite *educere* par élever, ou qu'on le prenne comme équivalent de *procreare*, peu importe.

M. de Salvandy n'a point oublié de noter l'exception de la loi *Cincia*, en matière de donation entre époux, et son bon esprit en montre la raison et l'occasion dans le mariage sans *manus*. Je suis de son avis, mais la chose n'est pas sans ombre de difficulté. Les deux fragments 298 et 302 du Vatican auraient encore besoin de quelque explication. S'il reste quelque nuage, on ne doit pas oublier que cette compilation est du cinquième siècle, au plus tôt, et que son auteur nous a légué des perplexités aussi regrettables, ou, ce qui est pis, des altérations aussi fâcheuses que celles qu'on impute à Tribonien.

La donation à cause de mort n'étant point prohibée entre époux, M. P. de Salvandy s'empare du sujet comme étant de son domaine, et il a raison, car cette libéralité offre l'occasion d'un gain de survie. Nous devons encore à l'auteur quelques bonnes pages sur cette matière intéressante. Il nous montre avec rectitude quelle influence le principe de la prohibition d'une donation entre vifs exerçait sur la possibilité d'une donation à cause de mort, dont l'effet était toujours subordonné au décès du donateur, et ne pouvait dans aucun cas opérer un appauvrissement ou dessaisissement actuel ; c'est-à-dire que la donation était admise comme faite sous une condition suspensive dont l'accomplissement était rejeté après la mort du donateur, en supposant la persistance de sa volonté; bien entendu qu'alors la donation restait soumise aux prescriptions des lois pappiennes. M. P. de Salvandy en tire l'explication habile de quelques dispositions de la loi 11, *De donat. inter vir. et uxor.*, et il est conduit, comme de raison à l'examen de la loi 32, et à la question des deux sénatus-consultes, question où l'auteur, avant que M. Machelard n'eût publié son docte commentaire, a le mérite d'avoir fourni une discussion judicieuse, fondée en général sur la doctrine de M. de Savigny.

M. P. de Salvandy a cherché encore, dans la période qui nous occupe, l'origine et les éléments d'institutions nouvelles qui sont venues se joindre à l'ancien ordre civil des contrats nup-

tiaux ; je veux parler de la *donatio propter nuptias* que Justinien a greffée sur la *donatio ante nuptias* du droit ancien. En rattachant l'une à l'autre, M. P. de Salvandy développe tout un système, présenté avec talent, soutenu avec une érudition féconde, et où nous suivons avec intérêt un enchaînement d'idées personnelles, et non d'emprunt, déduites avec une grande liberté d'esprit.

La théorie de la *donatio propter nuptias*, qui se produit dans le droit byzantin, a vivement frappé tous les historiens du droit, depuis la Renaissance jusqu'à nos jours, et les questions curieuses qui s'y rattachent ne sont point encore complétement résolues. Ce qui nous paraît certain, et en cela nous nous écartons un peu de la théorie de M. P. de Salvandy, c'est que la *donatio propter nuptias*, telle que l'ont organisée les empereurs grecs, forme une anomalie véritable au milieu des créations du droit romain. A-t-elle son origine et son type dans les coutumes judaïques propagées par l'influence des évêques d'Orient, ou bien dans les coutumes indigènes de l'Asie Mineure, ou bien dans la *sponsalitia largitas* de l'Italie ? C'est ce qu'il est difficile de dire. M. de Salvandy se range à cette dernière opinion, et prend pour guide dans sa critique juridique Vinnius et M. de Loehr, analysé par le judicieux et regrettable d'Hauthuille. Je lui signalerai ce qu'en a dit Mühlenbruch dans la dernière édition de sa *Doctrina Pandectarum*, comme un résumé parfait des textes obscurs et diffus que la chancellerie de Constantinople nous a donnés sur ce sujet. M. P. de Salvandy signale l'influence du christianisme dans le développement de cette forme singulière d'association conjugale, et il en trouve le principe dans les coutumes romaines elles-mêmes. Ses déductions sont plausibles et saisissantes, mais il conviendra que les seize premières constitutions du titre du Code de Justinien, où est traitée la matière, forment un contraste véritable avec les constitutions qui les suivent, et avec les Novelles, où est réglé le système d'un fonds commun de dot et de contre-dot, qu'on est étonné de rencontrer au milieu des débris d'institutions romaines.

Ainsi la *donatio ante nuptias* aboutirait, en Orient, à un gain de survie sur mise commune des deux époux, tandis que, en Occident, elle aboutit à la pratique de l'augment et contre-augment, et garde mieux son originale et romaine essence. Générations

d'idées et de faits vraiment curieuse à étudier! l'un des fleurons de la matière traitée par M. de Salvandy, et où il s'est montré digne d'intervenir dans le débat ouvert entre les principaux érudits de notre temps! Je suis, par exemple, complétement de son avis, en ce qu'il dit de la connexité prétendue entre le contrat byzantin et la tontine celtique remarquée par César, cinq siècles auparavant, sans que personne en ait plus parlé depuis lors, en Gaule ou ailleurs. Mais je me demande si la dissertation n'eût pas gagné de l'intérêt, à faire arriver, immédiatement après l'exposition du droit de Justinien, les notions de l'hypobole, telles que nous les trouvons dans Harménopule, quelques siècles plus tard? Je n'en fais pas un reproche à l'auteur ; mais après avoir lu son traité *ex professo* sur la *donatio propter nuptias*, j'ai désiré connaître de suite, en franchissant quelques pages, l'affinité de l'institution byzantine du sixième siècle, avec la pratique grecque du douzième, et j'y ai trouvé un complément d'idées qui, quoique dans un ordre divers, par où se justifie le renvoi, achevait de me démontrer le système du contrat oriental.

Je vais paraître bien chagrin, mais je demanderai encore à l'auteur pourquoi, au lieu de me citer une assez méchante traduction latine d'Harménopule, lui, lauréat de grec au grand concours, ne m'a point donné une bonne leçon du texte grec qui laisse encore tant à désirer, en cet endroit, même après l'excellente recension de M. Ernest Heimbach. M. de Salvandy eût trouvé, du reste, aux manuscrits grecs que lui eût montrés M. Hase, la preuve que les conjectures de Cujas étaient justes, comme les siennes, touchant la *genuina lectio* de ce chapitre important. Encore une critique. Cette matière de la *donatio propter nuptias* a donné lieu à toute une *littérature*. J'ai regretté de n'en trouver aucune indication dans le volume de notre docteur. Telles ne sont pas, je le sais, les habitudes de notre école ; je serais heureux de voir adopter une pratique contraire. La *littérature* d'une matière a une importance que des esprits superficiels peuvent seuls méconnaître. Elle ne consiste pas seulement à reproduire un catalogue de librairie ; sa véritable et naturelle fonction est de fournir au lecteur studieux la généalogie et l'inventaire exact des idées qui se rattachent à un sujet; quand cet inventaire est dressé, il est facile de juger ce qu'une composition récente apporte de nouveau au fonds commun et connu

des idées en circulation. Ainsi donc cette *littérature* dédaignée n'est autre chose que le compte exact et raisonné des richesses de l'esprit. C'est la base nécessaire sur laquelle doit être établi tout travail sérieux et satisfaisant. M. de Salvandy a fait ce travail pour lui-même, pourquoi ne point en faire part à ses lecteurs? C'est une méthode de pédant, si l'on veut. Je l'accorde, mais je tiens qu'à l'école, la pédanterie est de bon goût, et je ne manque jamais d'en donner l'exemple, à l'occasion.

La succession *ab intestat* pouvait, à son tour, être, chez les Romains, l'occasion d'un bénéfice de survie qui méritait d'attirer l'attention de M. de Salvandy, et il n'y a pas failli. En effet, soit au temps où la femme *in manu* succédait à son époux, *loco filiæ*, soit au temps où la qualité d'*uxor*, isolée de la *manus*, ouvrait un droit éventuel de succession prétorienne, la femme était mieux traitée à Rome qu'elle ne l'est dans notre droit moderne. Je ne sais si M. de Salvandy est complétement impartial dans son appréciation de cet ancien droit, comparé avec le droit plus favorable de Justinien, en vertu duquel la femme a passé du neuvième ordre au sixième, dans l'échelle successorale; j'oserai dire, en effet, que cette fameuse constitution, d'où est sortie l'authentique *Præterea*, n'était autre chose qu'une réminiscence affaiblie de la théorie filiale et touchante de la *manus*. Le christianisme, en instituant la succession du conjoint pauvre, avait pris son modèle dans la discipline romaine du bon temps, mais il n'avait pu ni voulu rendre à cette discipline une forme ou des allures qui n'étaient plus compatibles avec le temps, les mœurs et les lois; discipline qui, d'ailleurs, était énervée par l'anarchie civile où est resté le mariage pendant deux siècles.

Je dirai aussi, à cette occasion, combien il y aurait encore de recherches à faire et de découvertes à produire, touchant la véritable influence que le christianisme a exercée sur le mariage, sur la condition de la femme et sur la direction morale de la famille. Lorsque le christianisme a pénétré dans les lois de l'empire, il a trouvé la *patria potestas* réduite à peu de chose, et la *manus* anéantie. L'autorité civile du père, et surtout du mari, était annihilée, et la dissolution était dans la famille comme dans les autres parties de l'État. Le désordre était à son comble, et la liberté des époux une vraie licence, au civil comme au moral. Je crois donc que l'influence chrétienne s'est moins exercée à éman-

ciper la femme qu'à rétablir sur ses bases légitimes l'autorité de l'époux. La loi chrétienne a dit : Obéissez à vos maris ; elle a organisé l'autorité maritale et la subordination de la femme qui n'existait pas, ou qui n'existait plus, dans le mariage sans *manus*. Quant aux liens de l'agnation, les plus incommodes de tous, il y avait longtemps que la femme en était dégagée, par l'institution accréditée du *tutor fiduciarius*. Mais il y aurait un livre à faire sur ces données, et malgré tout ce qui a été déjà écrit à ce sujet, il resterait encore du nouveau à dire. Ce n'est ici ni le lieu, ni le temps. M. de Salvandy a touché à toutes ces grandes questions. Il y a mûrement réfléchi, et ce qu'il en dit est docte, sage et réservé, ce dont je le loue beaucoup, car il est facile, à cet égard, de se laisser entraîner à de séduisantes théories.

Après avoir ainsi suivi le développement et les destinées du droit civil des époux dans l'Orient, M. de Salvandy revient en Occident, où il a laissé la jurisprudence des donations entre conjoints au point où elle était au troisième siècle ; et son exposition historique n'en est pas moins complète et savante. L'invasion germanique y va bientôt interrompre la tradition du droit romain, avant qu'il ait pu revêtir la forme qu'il reçut en Orient sous Justinien. Toutefois, dans nos provinces de droit écrit, les barbares moins nombreux, plus éloignés de leur ancienne patrie, placés en face d'une population d'origine italique, ou fortement imbue des coutumes romaines, finirent par se confondre avec elle, en laissant dominer sa législation et ses usages. Le point de départ du droit des donations et avantages entre époux y fut donc le même qu'en Orient. Mais ces principes communs, développés en des États désormais séparés de tout rapport, et sous des influences diverses, aboutirent à des institutions différentes aussi, quoique analogues, en imprimant un nouveau caractère aux dispositions civiles que le droit romain avait propagées dans la Gaule méridionale. Ce pays garda le régime dotal, quoique altéré ; il développa aussi la pratique de l'augment et contre-augment, bien différente du douaire germanique, bien différente encore de la *donatio propter nuptias* de l'Orient, mais qui était issue de la *donatio sponsalitia* et de l'ancienne attribution de dot au mari survivant. Ces principes mêlés et confondus y prirent, avec le temps, une direction et une forme qu'elles n'eurent jamais dans les lois de Justinien. L'intérêt personnel des époux s'y

trouva donc progressivement garanti par un régime complexe, très-favorable au mariage, qui pénétra dans les pays de coutume de notre France, et la veuve devint ainsi l'objet favorisé d'un système de protection particulière qui distingue notre ancien droit national.

Je dois signaler ici, dans l'ouvrage de M. de Salvandy, d'excellents résumés du système du *Breviarium*, comparé au Papien, du système révélé par les formules, et du droit postérieur attesté par les *Petri exceptiones*. C'est une série de monuments que l'auteur a parfaitement explorée. Me permettra-t-il de lui dire qu'il est regrettable de ne pas y rencontrer de plus fréquentes et plus précises citations? J'attache un grand prix à cette forme reçue par les usages de l'érudition [1]. Ainsi, j'ai voulu vérifier la citation de D. Vaissette, indiquée page 95, et j'ai dû perdre du temps à la chercher. Et pourquoi ne pas me dire aussi, du premier coup, où vous aviez pris ces belles chartes de 1005, de 1105, de 1156, de 1350 et de 1363, que j'ai eu tant de peine à retrouver, et que, faute de preuve, un méchant pourrait vous contester ou s'approprier à votre détriment, ce qui est plus profitable et plus commun? Mais je laisse cette querelle pour vous louer avec effusion d'avoir écrit ces excellentes pages sur l'influence qu'a dû exercer en France la législation de Justinien enseignée à Montpellier par Placentin, et sur les modifications qu'a pu en éprouver la jurisprudence de l'augment et des gains nuptiaux, ainsi que des droits de viduité. Il y a là quinze ou vingt pages d'histoire intérieure du droit, dont le mérite est supérieur. Il est impossible de mieux analyser et de suivre avec plus de sagacité critique l'esprit de la jurisprudence à travers le nuage des siècles. Cela doit rester, et vous faire un honneur véritable. J'y ai vu combien nous serions obligés au jurisconsulte érudit qui nous donnerait une édition isolée des *Petri exceptiones*, accompagnée

[1] Je vois souvent des thèses excellentes, fruit d'un travail considérable et profond, qui meurent avec le jour qui les voit naître, et qui, parfaitement appréciées pendant l'heure où elles sont soutenues, ne laissent plus aucune trace de leur existence, parce qu'elles ne dispensent pas un nouvel écrivain de remonter péniblement aux sources qu'elles n'ont pas indiquées. Elles ne contiennent ni l'inventaire de la science, ni le point d'arrêt de la doctrine. Grâce à des efforts persévérants, nos thèses de doctorat sont pourtant devenues des ouvrages sérieux, dignes de prendre place dans l'histoire littéraire du droit.

des éclaircissements dont cette importante composition peut et doit être l'objet. Quant à l'abrégé des Novelles de Julien, il a été connu, de toute antiquité, dans la France du moyen âge. Il a été reproduit par les copistes, à la suite des lois lombardes, et c'est sur un manuscrit de ce genre que Nicolas Boyer, de Montpellier, l'a fait imprimer, en 1512, à Lyon, par Simon Vincent, in-8°, gothique.

Je veux signaler aussi un bon *excursus* sur la législation wisigothique, et sur la suite des pratiques juridiques depuis la constitution connue de Constantin relative à l'*osculum*, jusqu'au *fuero viejo* de Castille, avec des expressions et des règles presque identiques. C'est là surtout qu'un peu plus de justifications eût été bien venu, en cette matière curieuse et neuve, où M. de Salvandy a eu tous les documents sous la main, et où un successeur lui prendra tout, en ayant l'air d'avoir trouvé spontanément ce qu'il aurait pu nous dispenser de rechercher encore. Quant au fond de l'histoire du droit, elle est irréprochable. Elle caractérise exactement la *donatio propter nuptias*, ainsi que la théorie méridionale de la contre-dot et des gains de survie de la Gaule.

Après cette investigation approfondie, *in utramque partem*, des origines romaines de son sujet, M. de Salvandy a voulu sonder la seconde des grandes sources du droit français, le droit germanique. Je le loue de la sage indépendance avec laquelle il a traité du droit celtique. Je partage à cet égard son opinion; mais ne fait-il pas une trop faible part au fonds germanique dans l'histoire de la communauté? La communauté conjugale s'est trouvée d'accord avec le principe chrétien, mais elle ne vient pas directement de lui. Elle vient des habitudes anciennes d'une race influente dans l'Occident, comme la dot vient des habitudes d'une autre race. Le christianisme a porté la dot dans l'Orient, et non la communauté. Encore aujourd'hui ce dernier régime n'est pas celui des peuples essentiellement catholiques, tels que ceux du midi de l'Europe. Les pratiques des Germains, développées par les habitudes industrieuses des villes du nord de l'Europe, voilà, je crois, l'origine la plus autorisée du droit de communauté. Quoi qu'il en soit, notre docteur nous a donné de l'ancien droit coutumier, en matière de droits de survie, l'exposé le plus clair et le plus complet que je connaisse. Quel amas mer-

veilleux de matériaux excellents ! et quelle sobriété de détails ! Il faudrait une longue recension pour relever tout ce qu'il y a de recommandable dans cette partie considérable de l'ouvrage, et j'aime mieux renvoyer le lecteur à l'original même ; il y gagnera sous tous les rapports.

Il est facile de concevoir qu'après avoir ainsi éclairé les lois par l'histoire, et l'histoire sérieuse, le traité spécial que l'auteur consacre à la jurisprudence du Code civil se trouve comme illuminé d'un jour brillant et inattendu. Les questions nombreuses et difficiles auxquelles cette matière délicate a donné lieu reçoivent une solution presque naturelle ; l'auteur s'y montre jurisconsulte aussi habile qu'il a été historien sagace ; ses décisions sont droites, son esprit constamment juste et le couronnement de ce beau travail est digne des solides bases sur lesquelles il est appuyé. Il n'est pas donné à tout le monde de commencer sa carrière par de pareils débuts.

CH. GIRAUD,
de l'Institut, professeur en droit.

Précis du droit des gens moderne de l'Europe, par G.-F. DE MARTENS, nouvelle édition par M. Ch. VERGÉ, avocat, docteur en droit ; 2 vol. in-8, 12 fr., et in-12, 7 fr. Paris, Guillaumin ; 1858.

L'ouvrage de M. de Martens sur le droit des gens est bien connu en France. La première édition a été publiée en langue française à Göttingen, en 1788. Une seconde et une troisième édition française ont été publiées par l'auteur en 1801 et en 1820. Tout le monde sait qu'il n'a pas été fait de livre élémentaire plus clair et plus net sur la science du droit des gens.

Mais les meilleurs livres vieillissent, et le précis de M. de Martens n'est plus au courant de la science. Déjà M. Pinheiro Ferreira y avait ajouté des notes justement estimées. M. Vergé a repris ces notes, en les abrégeant, et y a joint des observations nouvelles, empruntées en partie aux meilleurs publicistes modernes, tels que Wheaton et Heffter. Il a rédigé, en outre, une introduction sur le droit des gens avant et depuis 1789, et une bibliographie qui comprend jusqu'à 822 numéros.

Nous n'analyserons point le travail de M. Vergé, parce qu'on ne peut analyser un commentaire. Profonde érudition, vaste lecture, connaissance des langues étrangères, talent d'exposition

qui sait analyser une masse de faits, les classer, les résumer en quelques idées générales, telles sont les qualités qu'on est en droit d'exiger d'un commentateur, et dont M. Vergé a déjà fait preuve dans son édition du *Droit civil français*, de Zachariæ. Chacune de ses notes forme une petite dissertation complète et concluante. On peut lire, par exemple, celles qui traitent de la souveraineté, du droit d'occupation et du droit d'intervention.

Nous devons cependant signaler deux inexactitudes qu'il sera facile de corriger dans une seconde édition. A la page 93 on trouve un tableau des Etats souverains de l'Europe, dans lequel figurent encore les duchés d'Anhalt-Cœthen, de Lucques, de Massa, de Gotha, de Reuss-Lobenstein et de Reuss-Ebersdorf. Tous ces petits Etats n'existent plus aujourd'hui, et sont définitivement réunis à d'autres Etats voisins.

A la page 96, dans la liste des Etats mi-souverains, on trouve la ville libre de Dantzig et la seigneurie de Kniphausen. Dantzig fait partie intégrante de la Prusse depuis 1815, et Kniphausen a été, en 1854, médiatisé au profit du grand duché d'Oldenbourg.

Ces rectifications, au surplus, n'ont pas grande importance. Ce qui doit attirer l'attention, ce sont les idées à la fois justes et élevées que M. Vergé exprime dans son introduction sur l'état actuel et sur l'avenir du droit des gens. Que de progrès n'a-t-on pas fait depuis 1815! Le développement économique des diverses nations de l'Europe a multiplié les traités de commerce et de navigation, et abaissé en partie les barrières de douanes. On a racheté le péage du Sund, assuré la libre navigation des grands fleuves, proposé le percement des isthmes, jeté des ponts sur les fleuves qui servent de frontières. L'échange des idées devient aussi fréquent que celui des marchandises, et des conventions nouvelles ont dû régler les relations postales et télégraphiques, ainsi que le transport des voyageurs. Les capitaux se répandent dans toute l'Europe sans distinction d'origine et de nationalité. Des traités d'extradition sont venus faciliter l'action de la justice, et en même temps les principes du droit civil tendent de plus en plus à se généraliser; la protection des lois est accordée aux étrangers comme aux nationaux; la contrefaçon est éteinte par des conventions internationales. Que de nouveaux liens entre les nations! et, par suite, combien la guerre n'est-elle pas de jour en jour plus difficile! Que de moyens pour la prévenir! et si elle vient

à éclater, que de précautions pour en atténuer les effets! La course est supprimée, le droit des neutres solennellement proclamé; voilà les progrès du droit des gens, et, s'il reste encore beaucoup à faire, on peut envisager l'avenir avec confiance en mesurant ce qui vient d'être fait. R. DARESTE.

Deutsches Staatswörterbuch, Dictionnaire politique, publié par MM. BLUNTSCHLI et BRATER, avec la collaboration de plusieurs savants. Tomes I et II, in-8; Stuttgard et Leipzig, 1857.

Les études de droit public et d'économie politique ne sont pas moins florissantes en Allemagne que celles de droit privé. C'est en Allemagne qu'ont été publiés les meilleurs livres sur toutes les branches de la science sociale, à tel point qu'il n'est guère possible aujourd'hui d'en cultiver une seule sans profiter des travaux faits au delà du Rhin.

M. Bluntschli, professeur à l'université de Munich, déjà connu par de nombreux et excellents ouvrages dont cette Revue a donné l'analyse, a entrepris de réunir en un seul faisceau tous ces travaux épars, et de publier, avec l'aide des principaux publicistes allemands, un dictionnaire destiné à faire connaître et à populariser la science.

Un livre du même genre avait déjà paru, il y a quelques années, et se réimprime en ce moment à Leipzig; nous voulons parler du *Staats Lexicon*, de MM. de Rotteck et Welcker; mais le *Staats Lexicon* a un caractère principalement critique et polémique. Il n'est pas exempt de préjugés de parti. Le nouveau *Dictionnaire politique* est rédigé sur un plan beaucoup plus large et dans des vues exclusivement scientifiques; aussi paraît-il appelé à un succès plus général et plus durable.

Nous avons en France des dictionnaires d'administration et d'économie politique. Le dictionnaire entrepris par MM. Bluntschli et Brater sera l'un et l'autre. Il contient, de plus, le droit des gens, la politique proprement dite, la statistique, et des articles historiques et biographiques sur les principaux hommes d'État, les publicistes, les fondateurs de religions ou d'empires, les dynasties et les peuples du monde.

Nous avons sous les yeux les deux premiers volumes de cet ouvrage. Ils s'arrêtent au milieu de la lettre D.

Une indication sommaire des principaux articles fera, du reste, connaître le plan et la disposition du travail.

Adams, par M. Löher.
Noblesse (*Adel*), par M. Bluntschli.
Egypte, par M. Gumprecht.
Afghanistan, par M. Plath.
Afrique, par M. Gumprecht.
Académie, par M. Bluntschli.
Alexandre le Grand, par M. Widenmann.
Alexandre Ier, Paulowitch, par M. Bodenstedt.
Amérique, par M. Löher.
Travail (*Arbeit*), *Classes laborieuses*, par MM. Mangoldt et Huber.
Aristocratie, par M. Bluntschli.
Aristote, par M. Prantl.
Pauvres (*Armen*), *Secours aux pauvres*, par MM. Brater et Stahl.
Asie, Par M. Plath.
Association, par M. Huber.
Emigration (*Auswanderung*), par MM. Pözl et Bluntschli.
Bacon, par M. Marquardsen.
Bade, par M. Schubert.
Bavière, par M. Pözl.
Banques, par M. Glaser.
Belgique, par M. Schubert.
Bellarmin, par M. Prantl.
Bentham, par M. Gundermann.
Population (*Bevölkerung*), par M. Mangoldt.
Preuve (*Beweis*), par M. Lauk.
Bolivar, par M. Löher.
Brésil, par M. Handelmann.
Brunswick, par M. Vorwerck.
Brougham, par M. Marquardsen.
Calvin, par M. Bluntschli.
César, par M. Bluntschli.
Centralisation, par M. Brater.
Chine, par M. Plath.
Législation civile. Droit civil, par M. Arndts.
Procédure civile, par M. Lauk.
Colbert, par M. Mangoldt.

Danemark, par M. Schubert.

Démocratie, par M. Bluntschli.

Allemands, *Allemagne* (*Deutsche*), par MM. Schubert, Zachariæ et Maurer.

De la propriété des mines et de ses conséquences, d'après les principes de la loi du 21 avril 1810, par M. Rey, ancien avoué, directeur du contentieux de plusieurs mines de Saône-et-Loire; Paris, V. Dalmont. 2 vol. in-8, 1857. — *Les lois des mines*, par M. Gabriel Dufour, avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'État; Paris, Cotillon. 1 vol. in-8, 1857. — *Dictionnaire de législation, de jurisprudence et de doctrine en matière de mines, etc.*, par un avocat à la Cour d'appel de Liége; Paris, A. Durand; Liége, F. Renard. 2 vol. in-8; prix, 14 fr.; 1858.

Tous les ouvrages de droit administratif contiennent nécessairement un chapitre consacré à la législation des mines, mais ce chapitre n'est guère propre qu'à donner une idée très-sommaire de cette branche importante de notre droit industriel. Il est même à craindre, eu égard à la difficulté du sujet, qui embrasse les relations délicates entre deux catégories de propriété également jalouses de protection et également méritantes, que le lecteur n'en retire une impression trop incomplète pour ne pas être inexacte. L'exploitant, le magistrat, l'avocat, l'administrateur doivent absolument, s'ils tiennent à bien connaître la matière, recourir aux traités spéciaux; et, à voir le nombre de ceux-ci en France et en Belgique (où notre législation de 1810 n'a pas cessé d'être en vigueur, tout en y ayant subi quelques modifications importantes), il paraît qu'un travail de cette nature n'est pas facile à faire. En effet, aucune de nos lois spéciales ne présente à coup sûr autant de dispositions difficiles à combiner que la loi de 1810; pour quelques points surtout, la lutte incessante entre les divers ordres de juridiction rend le sujet éternellement jeune. Il ne faut donc pas s'étonner si, au même instant pour ainsi dire, sont publiés trois ouvrages qui retracent les spéculations de la théorie et les réalités de la pratique. Chacun d'eux a d'ailleurs un caractère tout spécial. L'un, riche en considérations inattendues et en développements originaux, est une sorte de manifeste réformiste, dont l'auteur, M. Rey, propose hardiment de supprimer les hésitations de la doctrine, les contradictions de la jurisprudence, les contestations sempiternelles sur la question de priorité entre la propriété souterraine et la propriété superficiaire, en asservissant complétement la seconde à la première,

et prétend démontrer que telle a été la pensée du législateur. L'autre, extrait par M. Dufour de son *Traité général de droit administratif*, est un précis dogmatique des conditions réglementaires auxquelles est assujettie la propriété minérale, complété par la reproduction, toujours si utile, des principaux documents administratifs qu'ont à consulter ceux qu'intéresse, à quelque titre que ce soit, cette importante propriété industrielle; on a là un exposé pratique, un peu succinct peut-être, des relations qu'ont les exploitants des substances minérales — entre eux, avec les propriétaires du sol et avec l'administration. Le troisième enfin, dû à un avocat anonyme de Liége qui marche sur les traces de MM. Brixhe, Delebecque, Chicora et Dupont, est un dictionnaire contenant, dans l'ordre chronologique et sous la forme analytique, tous les documents administratifs et judiciaires publiés en France et en Belgique depuis 1810 jusqu'en 1857. L'utilité de cette sorte de recueils est incontestable, mais elle existe surtout pour le jurisconsulte ou l'administrateur, habitué à manier les documents divers qui constituent une législation spéciale. L'industriel doit être parfois embarrassé pour se retrouver dans le dédale alphabétique des mots d'un dictionnaire, malgré le secours des renvois, et ne pas toujours reconnaître son droit dans le conflit de solutions qui lui sont présentées sur un point déterminé, sans que, disons-le, l'opinion de l'auteur apparaisse avec une netteté suffisante.

L'ouvrage de M. Rey est donc avant tout un traité théorique; l'audacieux réformateur ne s'arrête pas aux questions incontestées, mais, en revanche, il stationne longtemps aux dispositions qu'il veut battre en brèche : l'interprétation de l'article 11 de la loi de 1810, qui prend une centaine de pages dans le premier volume, n'en occupe pas moins de quatre cents dans le second. C'est dans cet article de la loi organique sur la propriété souterraine, dont le sens—invariablement entendu depuis près de trente-cinq ans par la Cour suprême — est du reste encore l'objet de controverses incessantes, que M. Rey veut établir la base du système nouveau qu'il préconise et qu'il résume par ces mots : *partage horizontal de la terre*. En d'autres termes, le lendemain de la concession d'une mine, le propriétaire du sol est exproprié. On respecte ses constructions, mais il lui est interdit d'en élever de nouvelles, attendu qu'elles gêneraient le propriétaire du dessous;

il continue à jouir de la superficie, mais seulement jusqu'au moment où il plaira à son voisin vertical et souterrain de la lui retirer par suite des nécessités de ses travaux. Nous n'exagérons en rien et nous atténuons plutôt, faute d'espace, le sens des prétentions de M. Rey; faute d'espace aussi, il nous est absolument impossible de combattre en règle le système qu'il défend avec un courage et une érudition dignes à coup sûr d'une meilleure cause. Il nous est même impossible de résumer les arguments de ce novateur téméraire qui vient prétendre, cinquante ans après la promulgation de la loi de 1810, qu'elle n'a jamais été comprise par personne, soit dans l'administration, soit parmi les jurisconsultes; que, nouveau Messie, il apporte aux mineurs la parole de vérité. D'ailleurs, pour nous, l'énoncé seul des idées de M. Rey suffit pour le faire considérer comme un hérétique, et, après une lecture attentive de son livre curieux, nous devons déclarer qu'il n'a fait que nous affermir dans la foi de nos prédécesseurs en matière de propriété minérale. Nous croyons que, la plupart du temps, sous une petite proposition que son auteur veut nous présenter comme un axiome, se cache purement et simplement un sophisme, et rien n'est si long et si fastidieux que la réfutation de cette sorte d'arguments.

« Pour bien comprendre la loi de 1810, dit M. Rey (t. II, « p. 669), il faudrait être tout à la fois jurisconsulte et ingénieur « des mines, c'est-à-dire avoir l'habitude d'interpréter les lois et « connaître l'art d'exploiter les mines. » Nous sommes tout à fait de cet avis; mais malheureusement cette double condition est à peu près impossible à réaliser, et c'est peut-être pour cela que la législation souterraine est en général si mal connue. Nous trouvons une preuve de l'assertion de M. Rey dans l'intéressant ouvrage de M. Dufour; il a certainement manqué à ce savant jurisconsulte d'être un peu ingénieur lorsqu'il s'es toccupé de la question fondamentale des diverses sortes de propriété minérale. M. Dufour veut que l'énumération des substances, classées par la loi de 1810 parmi les *mines*, les *minières* et les *carrières*, soit énonciative dans tous les cas; nous ne pouvons être de son avis à l'égard des *minières*, nous ne pouvons admettre que « l'atten- « tion doit se porter sur le mode d'exploitation dont cette sub- « stance minérale est susceptible pour décider s'il convient ou « non de lui appliquer les dispositions prescrites pour les mi-

« nières » (n° 163). L'article 2 de la loi, qui définit les mines, présente à dessein quelque vague, notamment lorsqu'il parle des *autres matières métalliques ;* il en est de même de l'article 4, qui définit les carrières, et où il est question des pierres à bâtir *et autres*, des *substances terreuses* et des cailloux *de toute nature* ; mais l'article 3, qui définit les minières, est aussi précis que possible. Du reste, sans entrer dans une discussion détaillée, nous remarquerons que M. Dufour cite (n° 12) une ordonnance royale, du 10 août 1839, qui ruine clairement son système ; on y lit, en effet, « que l'opinion qui tendrait à considérer un gîte de bitume « exploité à ciel ouvert comme une minière aurait pour résultat « d'introduire dans l'article 2 de ladite loi une distinction arbi- « traire et périlleuse, qui pourrait s'appliquer à toutes les sub- « stances que cet article énumère, et d'étendre l'article 3 par une « assimilation que rien n'autorise. » Ce n'était pas, d'ailleurs, la première fois que le gouvernement émettait cette opinion éminemment rationnelle, et il l'a émise tout récemment encore. Il nous paraît également difficile d'admettre que le tribunal, saisi d'une poursuite dirigée contre un propriétaire ayant ouvert sur son terrain une exploitation qualifiée illicite par l'administration, aurait à trancher la question de concessibilité de la substance minérale (n° 13) ; que cette même question serait encore du domaine de l'autorité judiciaire, aux termes de l'article 28 de la loi de 1810, si un propriétaire du sol venait à soutenir, lors d'une demande en concession, que la substance n'est pas concessible et à contester le droit du gouvernement (n° 55) : une classification de cette nature est essentiellement dans les attributions exclusives du pouvoir administratif.

Ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure, la moitié environ du volume de M. Dufour est consacrée à l'utile reproduction des principaux documents réglementaires sur la législation minérale. Là encore nous aurons quelques observations à faire : pourquoi, à l'article 70 de la loi de 1810, commettre la faute typographique, que renferment du reste la plupart des traités sur la matière et écrire *s'approvisionnERaient* au lieu de *s'approvisionnaient*, — que porte le *Bulletin des lois ?* Pourquoi encore, à l'article 10 du décret sur la police souterraine, substituer (dans les mêmes conditions) les mots *en matières* à ceux *et minières* du texte officiel? Pourquoi citer l'article 7 de la loi du 28 juillet 1824, relatif aux

dégradations causées par les entreprises industrielles aux chemins vicinaux, sans reproduire l'article 14 de la loi du 21 mai 1836, qui régit aujourd'hui cette sorte de voies de communication? Pourquoi enfin, en indiquant que le paragraphe B de l'instruction ministérielle du 3 août 1810 a été rapporté en 1837, ne pas dire que cette erreur n'a duré qu'une dizaine d'années et que l'administration a depuis complétement abandonné à l'autorité judiciaire le règlement des indemnités dues au propriétaire du sol, par un exploitant de mines, pour travaux postérieurs à la concession? Il y a là quelques petites taches que nous avons cru utile de signaler à M. Dufour, pour qu'il les enlevât lorsqu'il publiera une seconde édition de son travail.

Le troisième des ouvrages dont nous avons inscrit le titre en tête de ces lignes n'est pas non plus exempt de défauts. Nous ne reviendrons pas sur les inconvénients inhérents à la forme que l'auteur anonyme a cru devoir donner à son examen de la législation minérale. Les notices qui se trouvent sous chaque mot témoignent d'une érudition étendue et sont généralement intéressantes, mais elles ne sont pas toujours recueillies avec assez d'éclectisme et elles nous paraissent avoir été réunies trop rapidement. Si l'auteur avait soumis davantage son travail au contrôle salutaire de la réflexion lente, nous n'aurions pas à lui reprocher d'avoir laissé, à côté d'excellentes dissertations, quelques parties d'une valeur au moins contestable, qu'il nous faut relever.

Au mot *Algérie*, le régime spécial du minerai de fer de notre colonie n'est même pas indiqué par un renvoi, et, aux mots *Minerai de fer*, le décret impérial du 6 janvier 1855, qui a consacré définitivement l'état de choses exceptionnel établi en 1848, n'est pas mentionné. Il n'était pas nécessaire de rappeler à *Autorité administrative* que la cour de Liége avait décidé, en 1813, qu'un propriétaire du sol ne peut se plaindre aux tribunaux des dommages qu'il attribue à une mine qu'après que l'administration a constaté préalablement la réalité de la cause; cet arrêt est en contradiction avec les principes les plus élémentaires de la séparation des pouvoirs. Il n'est plus permis aujourd'hui de dire que la question des amodiations de mines (v° Bail) est controversée; la nécessité d'une autorisation du gouvernement pour le *louage* partiel d'une concession est, de même que pour la *vente* partielle, admise par quiconque se rend compte de la nature

toute spéciale de la propriété souterraine. La question de la distance d'une route à laquelle une carrière peut être ouverte n'est pas exactement traitée (p. 89) : la distance de 10 mètres, empruntée aux règlements de la Seine et de Seine-et-Oise, existe pour tous les départements où il est intervenu un règlement particulier; mais, dans le cas contraire, on applique l'arrêt du Conseil du 5 avril 1772 qui exige une distance de 30 toises. Aux *Eaux salées*, la loi spéciale du 17 juin 1840, sur le sel, n'est pas mentionnée, et le classement de ces eaux parmi les mines est motivé par une ordonnance au contentieux de 1834. Il n'est pas juste de dire, en matière de minerai de fer, que « c'est en défi- « nitive aux tribunaux qu'il appartient de décider souveraine- « ment, » s'il s'agit d'une *mine* ou d'une *minière* ; cette distinction est essentiellement du domaine exclusif de l'autorité administrative. Les mots *Lavoirs* et *Patouillets* sont constamment employés dans le même sens aux divers articles du *Dictionnaire*, alors qu'ils représentent au point de vue légal des usines très-différentes, — les patouillets étant seuls désignés par la loi de 1810 et les lavoirs n'étant assujettis qu'au régime ordinaire des usines hydrauliques. Il est vrai que cette confusion est consacrée à l'envi par le conseil d'Etat et par la Cour de cassation, mais c'était une raison de plus pour y porter la lumière. La législation des appareils à vapeur date maintenant en France d'une ordonnance du 22 mai 1843, et cependant il n'est question dans le *Dictionnaire* que des règlements qu'elle a abrogés. Les Conseils de préfecture sont (p. 445), en vertu d'une erreur contenue dans l'arrêté ministériel du 7 octobre 1837 et immédiatement annulée en fait, représentés comme devant mettre un concessionnaire de mines en possession des terrains dont il a besoin pour ses travaux, sans qu'aucune réflexion mette en garde contre cette fausse attribution, et ce n'est que plus loin (p. 463) qu'on voit que ce concessionnaire doit s'adresser aux tribunaux, en cas d'opposition du propriétaire du sol. Enfin, nous trouvons que, sauf pour ce qui concerne le Conseil des mines, qui, en Belgique, pour la législation souterraine, joue le rôle du Conseil d'Etat en France, trop de place a été donnée dans le *Dictionnaire* aux questions de personnel (les mots *Écoles* et *Ingénieurs* occupent l'un quarante-cinq pages, l'autre trente-deux), en ce qu'elles n'offrent évidemment qu'un intérêt relativement restreint.

Après avoir fait, pour l'acquit de notre conscience, une part trop large peut-être à la critique, laquelle s'adresse principalement, on a pu le remarquer, aux détails matériels de l'exécution, nous devons dire que, ces observations mises de côté, le *Dictionnaire de législation* a droit à de justes éloges, et ne pas oublier de mentionner les développements importants qu'il contient sur les divers points de la police technique des mines, et les excellentes tables chronologiques des documents administratifs et judiciaires, français ou belges, qui le terminent.

E. LAMÉ-FLEURY.

De l'abolition du servage en Russie; examen critique du projet de l'empereur Alexandre II, par Louis LUBLINER, avocat à la Cour d'appel de Bruxelles; brochure in-18. Bruxelles, Decq; Paris, Durand, mai 1858.

Les mesures récentes prises par l'empereur Alexandre II au sujet des serfs russes ont attiré l'attention sur ce dernier débris du servage en Europe. Un Polonais naturalisé Belge, M. Lubliner, a essayé de faire connaître et comprendre l'état actuel des choses et la réforme entreprise par l'empereur. Nous empruntons à cette brochure l'esquisse suivante de l'histoire du servage en Russie.

L'esclavage était inconnu dans les anciens Etats slaves. Tout captif d'origine slave recouvrait sa liberté dès qu'il touchait le sol de la Slavonie. Quant au captif d'origine étrangère, il avait le droit de se racheter.

Ce furent les Varègues Russes qui, au neuvième siècle, devenus maîtres de la Slavonie, y introduisirent l'esclavage. Il ne frappait d'abord que les prisonniers de guerre. Il fut légalement sanctionné, dans l'État slavo-russe, par Jaroslaw le Grand, vers le commencement du onzième siècle. D'après le Code de Jaroslaw le Grand, étaient esclaves : les prisonniers de guerre et leurs enfants; les personnes condamnées par justice, dans certains cas déterminés; celles qui se vendaient comme esclaves; enfin, le débiteur insolvable. Ce même Code enjoint de livrer au maître l'esclave fugitif, de punir le recéleur d'une amende. Le meurtrier d'un esclave ne paye ni composition ni amende, mais seulement une indemnité pour la valeur vénale de l'esclave tué.

A l'époque de Wladimir le Grand, le servage des cultivateurs existait de fait en Russie. Toutefois les serfs avaient la liberté de leurs personnes. Ils s'appelaient *Smerdi*, *Czeladin*, et enfin

Krestianié, chrétiens ; nom que leur donnaient les Tartares Mongols.

Pour faciliter la perception du tribut, les Tartares Mongols firent le dénombrement des paysans du domaine de l'État, et les attachèrent à la terre. Quant aux paysans cultivant les terres des seigneurs, ils conservèrent plus longtemps la liberté de migration. Iwan III porta la première atteinte à cette liberté, en ordonnant que les paysans ne pourraient changer de résidence qu'au jour de Saint-George, après avoir prévenu le seigneur deux semaines auparavant.

En 1593, le czar Boris Godounoff enleva aux paysans des seigneurs le droit de migration. Cette mesure eut pour but de protéger les petits propriétaires contre les grands, qui s'efforçaient d'attirer tous les paysans sur leurs domaines. Désormais attaché à la glèbe, le serf pouvait être vendu et cédé avec la terre. L'aggravation de l'état de servage des paysans cultivateurs s'est accomplie au dix-huitième siècle sous Pierre le Grand et Catherine II. Pierre le Grand permit au seigneur de contraindre les serfs cultivateurs au service domestique ou au travail dans les manufactures. Catherine II assujettit au servage les Cosaques libres de l'Ukraine.

Aujourd'hui la Russie compte environ 42 millions de serfs, dont la moitié sur les terres des seigneurs.

Voici quelle est la position du serf vis-à-vis du seigneur rural. Le paysan serf reçoit du seigneur, à titre d'usufruit, un enclos composé d'une cabane et d'un jardin potager, ainsi qu'un terrain arable d'une étendue de 3 à 6 dessiatines. En sa qualité de serf attaché à la glèbe, le paysan est tenu de faire, trois jours par semaine, des corvées dans les champs seigneuriaux. A l'égard de l'État, le serf est soumis au recrutement militaire et à l'impôt de la capitation, ainsi qu'au logement des militaires de passage, impôt et obligations dont les nobles sont affranchis.

La corvée (*barstschina*) ne consistait autrefois qu'en travaux agricoles. Depuis que Pierre Ier a assujetti les serfs aux travaux industriels, les seigneurs ont préféré convertir la corvée en une redevance pécuniaire appelée *obrok*. Cette redevance est imposée arbitrairement par le seigneur, soit à l'individu, soit à la commune rurale (*mir*), et le seigneur peut en changer arbitrairement la quotité.

R. D.

CHRONIQUE.

Par arrêté du ministre de l'instruction publique, en date du 26 avril 1858 :

Il est ouvert un concours pour neuf places d'agrégés des Facultés de droit (section de droit civil et criminel), à répartir de la manière suivante dans les Facultés ci-après désignées :

Faculté de droit de Paris.	1
Faculté de droit de Caen.	1
Faculté de droit de Grenoble. . .	2
Faculté de droit de Poitiers. . . .	1
Faculté de droit de Rennes. . . .	2
Faculté de droit de Strasbourg. .	1
Faculté de droit de Toulouse. . .	1

Le concours s'ouvrira à Paris le mercredi 1er décembre 1858.

— Le 24 avril 1858, M. Pellat, doyen de la Faculté de droit de Paris, a été élu membre libre de l'Académie des sciences politiques, en remplacement de M. le comte d'Argout.

— M. F. de Pétigny, membre de l'Institut, est mort le 4 avril 1858 à sa terre de Clénor, près Blois, dans sa cinquante-huitième année.

M. de Pétigny avait publié dans cette *Revue*, sur les lois des Bavarois et des Visigoths, deux savants articles qui avaient été justement appréciés, surtout en Allemagne.

Les principaux ouvrages de M. de Pétigny sont : *Études sur l'époque mérovingienne* (1846), ouvrage qui a remporté le grand prix Gobert à l'Académie des inscriptions et belles-lettres; *Histoire archéologique du Vendomois*, également couronnée par l'Institut (1847). M. de Pétigny a, en outre, fourni un grand nombre d'articles à la *Revue numismatique*, dirigée par M. de La Saussaye, membre de l'Institut. R. D.

DES RÉPONSES DES PRUDENTS

CONSIDÉRÉES

COMME SOURCE DU DROIT ÉCRIT.

I. Les Romains distinguaient le droit écrit (*jus scriptum*) et le droit non écrit (*jus non scriptum*)[1]. Le premier était celui qui avait été expressément décrété par le pouvoir législatif, il avait une date et un législateur qui pouvaient être connus; le second résultait du consentement tacite du peuple, il s'était formé peu à peu par l'usage, il ne pouvait donc avoir ni date ni législateur connus, c'était le droit coutumier.

Il est certain que les réponses des prudents ont fourni des matériaux aux deux sources que nous venons de définir: d'une part, Pomponius déclare que l'interprétation des lois faite par les jurisconsultes a constitué en grande partie le droit non écrit[2]; et, d'une autre part, Gaïus[3] et Justinien[4] rangent positivement les réponses parmi les six faits générateurs du droit écrit.

II. Rien n'est plus facile à comprendre que le rôle des réponses considérées comme source du droit non écrit.

A l'origine de Rome, la science juridique était cachée au vulgaire, les pontifes et les praticiens en avaient seuls le secret; mais après la promulgation de la loi des Douze Tables et la divulgation des formules par Cnæus Flavius et Sextus Ælius[5], de simples particuliers se livrèrent avec ardeur à l'interprétation des lois. Le grand pontife Tiberius Coruncanius ouvrit le premier, dit-on,

[1] Inst. Just., § 3. *De jur. nat., gent. et civ.*

[2] Pomponius, L. 2, § 5, Dig., *De orig. jur.*: « ... hoc jus quod sine « scripto venit compositum à prudentibus... »

[3] Gaïus, I, *Comm.*, § 2.

[4] Inst. Just., § 3. *De jur. nat., gent. et civ.*: « Scriptum jus est lex, « plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, « *responsa prudentium.* »

[5] Pomponius, *loc. cit.*, § 7.

un cabinet de consultations et il eut bientôt de nombreux imitateurs [1]; cela donna naissance à la *disputatio fori* [2]. Les avis des jurisconsultes n'avaient évidemment qu'une valeur doctrinale; mais, lorsqu'ils devenaient la base de nombreuses sentences judiciaires conformes, ils finissaient par passer définitivement dans la pratique, et, en qualité de droit coutumier, ils fixaient des points indécis, comblaient les lacunes de la législation écrite, et donnaient naissance quelquefois aux institutions les plus importantes [3].

Auguste réglementa le premier la profession de jurisconsulte. Il voulut que personne ne pût désormais donner des consultations (*populo respondere*) sans en avoir obtenu la permission de l'empereur; chaque consultation dut être marquée d'un sceau pour en assurer l'authenticité [4]. Quelques auteurs [5] ont prétendu que la réforme de l'empereur ne fut pas aussi radicale que nous venons de le dire; suivant ces interprètes, Auguste n'aurait pas défendu de répondre aux jurisconsultes non autorisés, seulement ces derniers auraient naturellement joui d'un moindre crédit. Cette opinion est aussi contraire au texte de Pomponius qu'aux motifs qui ont dû guider l'empereur: d'un côté, Auguste désira donner plus de sécurité aux plaideurs, et, d'un autre côté, la classe des jurisconsultes étant influente dans l'État, il voulut que l'on ne pût exercer cette profession sans une faveur impériale.

Adrien abolit la réforme d'Auguste et restitua à tout le monde le droit de consulter; les institutions nouvelles ayant poussé de profondes racines dans les mœurs, le motif politique qui avait principalement inspiré le fondateur de l'empire n'existait plus en effet [6]. Le sens que nous attribuons ici au rescrit d'Adrien est rejeté par quelques commentateurs [7]: d'après eux, l'empereur aurait seulement déclaré qu'il accorderait facilement le droit de

[1] Pomponius, *loc cit.*, § 35.

[2] *Ibid.*, § 5.

[3] Nous nous contenterons de rappeler ici que les théories de l'exhérédation et de la *querela de inofficioso testamento* doivent leur origine à la coutume inspirée par les prudents.

[4] Pomponius, *loc. cit.*, § 47.

[5] Par exemple, Marezoll, traduit par M. Pellat, § 26.

[6] Pomponius, *loc. cit.*, § 47.

[7] Entre autres, par M. Ortolan, *Hist. du droit rom.*, § 72.

répondre, surtout lorsqu'il serait sollicité par des personnes ayant exercé de grandes fonctions publiques. Mais le rescrit est en vérité trop clair pour se prêter à une pareille interprétation.

III. S'il est très-aisé d'expliquer comment les réponses des prudents ont contribué à la formation du droit non écrit, la question de savoir comment elles pu donner naissance au droit écrit est au contraire fort obscure. Comment est-il arrivé que de simples jurisconsultes aient reçu le pouvoir de faire *expressément* la loi? Comment leurs réponses ont-elles pu légitimement être placées à côté des lois, plébiscites, constitutions impériales, etc.? Aucun point de l'histoire du droit romain n'a plus intrigué les érudits [1], et en effet les paragraphes de Gaïus [2] et de Justinien [3] sont loin d'être clairs. Jusqu'à présent, sauf les nuances de détail, trois systèmes d'explication ont été présentés; un quatrième est indiqué assez vaguement par quelques auteurs, mais jamais il n'a été exposé et justifié complétement comme il va l'être ici, c'est en cela que consiste la véritable originalité de cette dissertation.

A. Dans un premier système presque généralement enseigné aujourd'hui, Auguste, en déclarant que les jurisconsultes devraient obtenir de lui le droit de répondre, aurait attribué à leurs consultations une autorité législative, en ce sens que quand elles étaient produites en justice, le juge devait s'incliner. Adrien,

[1] Outre tous les commentateurs des Institutes, Voy. Holtius, *De auct. jur. rom.*— Frets, *ibid.*— *Thémis*, t. II, p. 17, et t. VII, p. 62. — Puchta, *Ueber das jus respondendi*, dans le *Rhein. Mus.*, t. II, p. 87.— Muhlenbruch, *Doctr. pand.*, § 7.— M. Ortolan, *Hist. du droit rom.*, §§ 66, 72, 93.— M. Giraud, *Hist. du droit rom.*, p. 268. — M. Eschbach, *Introduction à l'étude du droit*, p. 208.

[2] Gaius, I, *Comm* , § 7. « Responsa prudentium sunt sententiæ et opi-« niones eorum, quibus permissum est jura condere; quorum omnium si « in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt legis vicem obtinet; « si vero dissentiunt, judici licet quam velit sententiam sequi, idque re-« scripto divi Hadriani significatur. »

[3] Inst. Just., § 8, *De jur. nat., gent. et civ.* « Responsa prudentium sunt « sententiæ et opiniones eorum, quibus permissum erat jura condere. Nam « antiquitus institutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, « quibus a Cæsare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellaban-« tur. Quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, « ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum. »

au rapport de Gaïus, aurait réglementé définitivement l'institution en décidant que le juge ne serait forcé d'admettre l'interprétation des jurisconsultes officiels que lorsqu'ils seraient *unanimes*, et qu'en cas de dissidence il prendrait l'opinion qui lui semblerait la meilleure.

Ce système ne soutient pas un examen sérieux. — D'abord Pomponius, qui nous fait connaître la constitution d'Auguste sur le *jus respondendi*, ne dit rien qui puisse le justifier, et son silence sur un point aussi capital est significatif. — De plus, les consultations des prudents n'avaient-elles force de loi que pour le procès actuel, ou bien tranchaient-elles définitivement la question pour toutes les espèces analogues qui pouvaient se présenter plus tard? Dans la première hypothèse, les réponses des prudents ne devraient pas être rangées parmi les sources du droit écrit, car elles n'auraient eu qu'un force *relative* comme une sentence judiciaire ; Auguste aurait seulement réalisé la bizarre pensée de faire décider la question de droit dans les procès, non par le magistrat et le juge, mais par les jurisconsultes ; dans la seconde hypothèse, les réponses seraient en effet des lois, car tout le monde sait qu'interpréter la loi d'autorité ou la faire c'est en définitive la même chose; mais peut-on admettre que l'empereur ait aliéné au profit de simples jurisconsultes le pouvoir législatif? Cela n'est-il pas absolument contraire à la politique impériale, bien mieux, à toute organisation régulière? — Autre objection : D'après le rescrit d'Adrien, les jurisconsultes devaient être unanimes pour imposer leur solution au juge ; or, comment constater cette unanimité? Fallait-il dans chaque procès consulter tous les jurisconsultes autorisés ? Les impossibilités sautent aux yeux. Se contentait-on de l'unanimité des jurisconsultes consultés en fait? Alors quel nombre devait-on consulter, deux jurisconsultes pouvaient-ils à eux seuls *condere jura?* — Enfin, la constitution d'Adrien rapportée par Pomponius achève de ruiner le système que nous critiquons: en effet, cet empereur a restitué à toute personne qui s'en sentirait capable la faculté de répondre ; donc, à partir de cette époque, les réponses des prudents n'eussent plus dû figurer parmi les sources du droit écrit : or, c'est précisément ce même empereur qui a décidé, d'après Gaïus, que les réponses auraient force de loi en cas d'*unanimité!*

B. Voici la seconde théorie qui a été produite : Les empereurs

auraient organisé auprès d'eux un *Conseil* composé d'une petit nombre de jurisconsultes éminents, en lui donnant la haute prérogative d'interpréter d'autorité la loi ; seulement Adrien aurait exigé l'unanimité des membres du Conseil pour enchaîner l'opinion du juge.

Ce système, tout moderne, n'a jamais joui d'une grande faveur. — D'abord qui a créé ce Conseil, qui pouvait le consulter, dans quelle forme, dans quelles hypothèses? Il est au moins étrange que tous les documents émanés, soit des jurisconsultes, soit des historiens, gardent le plus profond silence sur ces points. — Ensuite la décision du Conseil avait-elle une autorité relative ou absolue? Au premier cas, les réponses ne devaient pas figurer au rang des sources du droit écrit, car le Conseil aurait fonctionné comme juge et non pas comme législateur ; au second, qui croira que les empereurs se soient ainsi dessaisis d'une des prérogatives les plus importantes de la souveraineté ? — D'ailleurs, qu'est-ce que les rescrits impériaux qui composent à eux seuls les cinq sixièmes des textes du Code ? des interprétations d'autorité émanant de la puissance impériale. Or, comment expliquer la coexistence des rescrits et des décisions du prétendu Conseil législatif dont il s'agit ? Il y a là un double emploi évident.— Enfin, nous savons qu'il y avait en effet, auprès des empereurs, un Conseil d'État qui a reçu son organisation définitive sous Constantin (*auditorium*, *consistorium*) ; mais nous savons aussi à n'en pas douter qu'il n'avait aucune autorité propre : il préparait seulement les projets de constitutions impériales et ne fournissait que des avis à l'empereur, comme aujourd'hui [1] !

C. Un troisième système prend son point de départ dans l'institution des jurisconsultes assesseurs qui existaient auprès des diverses juridictions [2]. Les décisions des assesseurs auraient enchaîné la liberté du magistrat lorsqu'elles étaient unanimes ; avec le temps elles auraient été classées à côté des autres sources du droit écrit.

Pour repousser cette théorie, il suffit de remarquer, d'abord, que les assesseurs n'avaient que voix *consultative ;* ensuite, que leurs avis ne pouvant avoir d'influence que sur le procès actuel,

[1] Haubold, *De consist. princ. Roman.*

[2] Dig., L. I, t. XXII, *De off. assess.* — Cod. Just., L. I, t. LI, *De assess.*

il est impossible de les faire figurer au rang des sources du droit écrit; en d'autres termes, les assesseurs étaient membres du pouvoir judiciaire et non pas du pouvoir législatif [1].

D. Voici l'explication que nous proposons [2] : Gaïus et Justinien ne parlent nullement de jurisconsultes *vivants*, ils se réfèrent à des écrits de jurisconsultes morts. Les choses ont dû se passer de la manière suivante : Après la mort d'un jurisconsulte éminent, les ouvrages qu'il laissait continuaient à être cités devant les tribunaux, en cet état ils ne pouvaient encore donner naissance qu'au droit non écrit. Mais souvent un empereur, après quelques années, attribuait par une constitution force de loi aux ouvrages du jurisconsulte, et désormais ils devenaient une source du droit écrit que l'on rangeait à côté des lois, plébiscites, etc. Cet usage a été pratiqué par les premiers empereurs; Adrien, pour les ouvrages déjà confirmés avant lui et pour ceux qui pourraient l'être à l'avenir, décida que ce serait seulement en cas d'unanimité sur une question que le juge devrait tenir pour loi les décisions contenues dans les écrits des prudents autorisés.

Pour justifier ce système, nous allons : 1° montrer que seul il fournit une explication raisonnable des faits; 2° citer des textes qui prouvent l'habitude que les empereurs avaient de sanctionner les écrits des jurisconsultes célèbres après la mort de ces derniers; 3° répondre aux objections que l'on pourrait peut-être nous faire.

a. La loi est toujours fort incomplète, aussi les commentaires sont-ils indispensables. Or, par la force même des choses, il arrive que le commentaire finit par absorber le texte officiel; on prend insensiblement l'habitude de citer devant les tribunaux l'opinion d'un interprète illustre, et on néglige bientôt la loi commentée. Il n'est donc pas bien étonnant que les empereurs, se conformant à l'usage, aient successivement fait un choix parmi les jurisconsultes décédés et accordé la puissance législative aux écrits de certains d'entre eux.

[1] Bonjean, *Traité des act.*, p. 336.

[2] Les anciens commentateurs, entre autres Vinnius et Pothier, ont bien expliqué le paragraphe des Institutes en supposant que les réponses dont il parle s'appliquaient aux écrits de jurisconsultes morts, mais ils pensaient que Justinien faisait allusion à la *loi des citations*, hypothèse inadmissible depuis la découverte des Commentaires de Gaïus.

Il n'y a rien là, du reste, qui soit contraire aux principes de la souveraineté, rien qui puisse porter atteinte à la puissance impériale ; nous n'en sommes plus réduits à supposer, ce qui est le vice capital de tous les autres systèmes, que les empereurs se soient volontairement dépouillés du droit d'interpréter les lois au profit de jurisconsultes vivants et faisant dès lors échec à leur autorité.

D'une autre part, la condition d'unanimité, exigée par Adrien, devient très-facile à comprendre : lorsqu'une question de droit se présentait dans un procès, le juge commençait par examiner si elle était tranchée par une constitution impériale ou un sénatus-consulte ; en cas de négative, il recourait aux écrits des jurisconsultes successivement autorisés ; s'ils étaient unanimes sur la question, il appliquait leur solution, sinon il choisissait librement parmi les diverses opinions émises.

b. Nous n'avons pas conservé toutes les constitutions impériales qui ont élevé à la dignité de lois les écrits des prudents décédés, nous avons fait bien d'autres pertes ! Cependant voici des textes précieux qui ont échappé au naufrage du temps.

Dans une constitution en date de 321 [1], Constantin déclare qu'il enlève toute autorité aux notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien. Il résulte formellement de ce texte qu'avant Constantin les écrits de Papinien, d'Ulpien et de Paul avaient reçu la puissance législative ; qui la leur avait donnée? Une constitution impériale sans doute, puisqu'il fallut une constitution pour ôter cette puissance à certains d'entre eux.

Une seconde constitution du même empereur, en date de 327 [2], est encore plus décisive : Constantin y déclare qu'il sanctionne définitivement les écrits de Paul, et particulièrement ses Sentences. On peut se demander quelle était l'utilité de cette constitution, puisque déjà les ouvrages de Paul étaient autorisés ? Il faut remarquer que Constantin annonce lui-même qu'il ne fait

[1] L. 1, Code Théod., *De respons. prud.* : « Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes, Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas... aboliri præcipimus. »

[2] L. 2, Code Théod., *De respons. prud.* : « Universa quæ scripturæ Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt, et omni veneratione celebranda. Ideoque sententiarum libros... judiciis prolectos valere minime dubitatur. »

que confirmer un état de choses antérieur (*recepta auctoritate firmanda sunt*); probablement le crédit des Sentences avait faibli dans la pratique, l'empereur crut devoir rappeler qu'elles avaient force de loi.

Tout le monde connaît la célèbre constitution de Théodose et Valentinien, appelée *loi des citations*[1]. Dans ce texte, les empereurs annoncent que les écrits de cinq jurisconsultes seront seuls confirmés désormais (Papinien, Paul, Gaïus, Ulpien et Modestin), que le juge devra tenir pour vraie l'opinion de la majorité, qu'en cas de partage l'avis de Papinien prévaudra, et que si Papinien n'a pas traité la question, le juge restera le maître de choisir, parmi les opinions proposées, celle qui lui paraîtra la meilleure. Beaucoup de commentateurs se sont mépris sur le sens de cette constitution; ils ont cru que Théodose et Valentinien donnaient pour la première fois l'autorité législative aux écrits des cinq jurisconsultes précités; cela est inexact, puisque les constitutions antérieures de Constantin nous montrent les écrits de Papinien, de Paul et d'Ulpien déjà confirmés. Suivant nous, le but des empereurs a été de remanier la législation d'Adrien, dont Gaïus nous a révélé l'existence. D'une part, les jurisconsultes dont les écrits avaient été autorisés jusqu'à eux devaient être au nombre de trente-neuf, ainsi que nous le démontrerons tout à l'heure, et comme quelques jurisconsultes avaient laissé de nombreux ouvrages, l'obligation de les consulter tous était devenue presque inexécutable; d'une autre part, Adrien avait exigé l'unanimité, Théodose et Valentinien pensèrent que la majorité devait suffire. La loi des citations confirme donc très-nettement l'explication que nous avons donnée de la constitution d'Adrien, et celle-ci, entendue comme nous le faisons, jette à son tour un jour tout nouveau sur la loi des citations.

Justinien conçut la pensée de réunir, sous le nom de *Pandectes* ou de *Digeste*, des fragments empruntés aux prudents les

[1] L. 3, Code Théod., *De resp. prud.* : « Papiani, Pauli, Gaii, Ulpiani « atque Modestini scripta universa *firmamus*... Ubique autem diversæ « sententiæ proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel si numerus « æqualis sit, ejus partis præcedat auctoritas in qua... Papinianus emi- « neat... Ubi autem pares eorum sententiæ recitantur quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio judicantis... Pau « quoque sententias semper valere præcipimus. »

plus célèbres, pensée assez bizarre, si l'on n'admet pas comme nous que, depuis des siècles, l'usage était d'attribuer la force législative aux écrits des jurisconsultes morts. Dans la constitution adressée à Tribonien, par laquelle il le charge de réaliser cette œuvre immense, l'empereur lui indique expressément les sources auxquelles il devra puiser. Justinien distingue deux classes d'écrits de jurisconsultes : les uns, émanés des anciens prudents auxquels *les empereurs* avaient donné l'autorité de fixer le sens des lois par leur interprétation, les autres non confirmés [1]; Tribonien ne pouvait prendre des extraits que dans les écrits de la première classe. Or, quels étaient donc ces prudents qui avaient ainsi reçu *par constitution impériale* l'insigne honneur de fixer par leur interprétation le sens des lois? les jurisconsultes autorisés à répondre en vertu de la constitution d'Auguste? ou les membres du prétendu Conseil? ou les assesseurs des magistrats? Cela est impossible par les deux raisons décisives que voici : d'abord Tribonien n'a emprunté les fragments qui composent les Pandectes qu'à trente-neuf jurisconsultes [2], or, dans un laps de plus de cinq siècles, il est impossible qu'il n'y ait eu que trente-neuf personnages de l'une ou l'autre des trois catégories indiquées ; ensuite les Pandectes ne comprennent pas que des réponses sur des procès nés et actuels, elles contiennent des fragments de traités dogmatiques sur le droit, de commentaires sur Sabinus, sur l'Edit, etc. La pensée de Justinien et la manière dont Tribonien l'a réalisée deviennent, au contraire, très-limpides dans notre théorie ; en fait, les empereurs, d'Auguste à Justinien, n'avaient confirmé après la mort de leurs auteurs que les écrits de trente-neuf prudents, Justinien voulut que son ministre composât la nouvelle compilation d'extraits exclusivement empruntés à ces ouvrages, parce que seuls ils avaient eu la puissance législative jusqu'à la loi des citations, et, s'il ne restreignit pas les investigations de Tribonien aux cinq juriscon-

[1] *C. Deo auct.*, § 4 : « Jubemus igitur vobis antiquorum prudentium, « quibus auctoritatem conscribendarum et interpretendarum legum sacra- « tissimi principes præbuerunt, libros ad jus Romanum pertinentes et « legere et elimare... Alii libros ad jus pertinentes scripserunt ; quorum « scripturæ nullis auctoribus receptæ... »

[2] L'*Index* qui se trouve en tête du manuscrit des Florentines n'en indique même que 38. (Voy. Pothier, *Pand. Justin.*)

sultes qu'elle confirmait, c'est qu'il lui donna l'ordre de procéder par voie d'extraits, de faire disparaître les antinomies et de composer un tout didactique avec des éléments hétérogènes. Ce texte nous a toujours semblé décisif, surtout quand on le rapproche de deux autres dont nous nous contentons de citer des extraits en note[1]. — Nous ferons remarquer ici que l'on peut légitimement induire des circonstances ci-dessus exposées qu'il y avait déjà, avant Adrien, des écrits de jurisconsultes confirmés par les empereurs, car on trouve dans les Pandectes des fragments qui appartiennent à des jurisconsultes antérieurs à Adrien, à Proculus par exemple[2]; or, n'est-il pas bien peu probable que la constitution impériale qui sanctionnait leurs écrits soit intervenue longtemps après leur mort?

c. Nous entrevoyons cinq objections auxquelles nous allons essayer de répondre.

D'abord on sera peut-être tenté d'argumenter contre nous du mot *responsa*, employé par Gaïus et Justinien : cette expression ne semble-t-elle pas indiquer une consultation sur un procès actuel, bien plutôt que l'ensemble des écrits d'un jurisconsulte? — Sans nier le sens technique que l'on attribue au mot *responsa*, nous dirons qu'il avait fini par être employé, *lato sensu*, pour désigner précisément les ouvrages des jurisconsultes morts; le Code Théodosien nous en fournit la preuve certaine, puisque la rubrique du titre qui contient les constitutions de Constantin, de Théodose et Valentinien, précédemment analysées, est ainsi conçue : DE RESPONSIS PRUDENTUM.

Dans le paragraphe des Institutes de Justinien qui fait l'objet de la difficulté, on trouve cette phrase : « *Nam antiquitus insti-* « *tutum erat, ut essent, qui jura publicè interpretarentur, quibus* « *à Cæsare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appella-* « *bantur.* » Ce texte, dira-t-on, se réfère évidemment au droit de consulter conféré par l'empereur en vertu de la constitution d'Auguste, donc les réponses dont il est question dans le para-

[1] C. *Tanta circa*, § 20 : « ... Legislatores autem, vel *commentatores* eos « eligimus qui digni tanto opere erant, et quos anteriores piissimi principes « admittere non sunt indignati... » — C. *Dedit nobis*, § 20 : « ... Le- « gislatores autem seu legum interpretes illos congessimus qui apud omnes « probati et recepti erant, et *prioribus imperatoribus* placuerant... »

[2] L. 124, Dig., *De verb. signif.*

graphe sont bien celles qui émanaient de jurisconsultes vivants ayant reçu le *jus respondendi ?* — Nous nous contenterons de faire remarquer que cette incise n'existe pas dans le texte de Gaïus, qu'elle est donc une adjonction maladroite de Tribonien auquel on peut en imputer bien d'autres !

On pourra insister et dire : Si les réponses des prudents dont il s'agit au texte sont les écrits des jurisconsultes morts, du temps de Justinien la matière était réglée par la loi des citations qui se contentait de la *majorité* des jurisconsultes, donc l'empereur n'eût pas répété après Gaïus que l'*unanimité* était nécessaire ? — Gaïus parlait *au présent*, Justinien s'exprime *au passé*, ce dernier se reportait donc par la pensée à une époque antérieure à la loi des citations, qui allait devenir inutile par suite de la confection des Pandectes.

Autre objection : Si les réponses des prudents ne devenaient une source du droit écrit que quand une constitution impériale l'avait déclaré, elles ne seraient pas une source distincte, elles devraient se confondre avec les constitutions ? — En théorie pure, cela est vrai, mais on comprend très-bien que, même après la sanction impériale, on ait continué à rapporter aux jurisconsultes autorisés l'honneur de leurs écrits ; a-t-on considéré après la loi des citations les ouvrages des cinq jurisconsultes qu'elle confirmait comme n'étant que des constitutions de Théodose et de Valentinien ? Le Code Théodosien continue à distinguer très-nettement les constitutions impériales et les réponses des prudents.

Enfin, on nous dira peut-être que les textes du corps de droit devraient présenter dans notre théorie un grand nombre de questions tranchées par l'unanimité des jurisconsultes, en vertu de la constitution d'Adrien, tandis que l'on voit toujours les auteurs s'appuyer sur les écrits de leurs devanciers pour leur emprunter seulement une autorité doctrinale ? — A cela, trois réponses : D'abord nous ne voyons pas davantage qu'il soit question dans les textes de points de droit définitivement fixés par l'unanimité des jurisconsultes autorisés en vertu de la constitution d'Auguste, ou par les décisions du prétendu Conseil supérieur, ou par les assesseurs, en sorte que si l'objection est bonne, elle vaut tout autant contre nos adversaires que contre nous. Ensuite en fait plusieurs textes parlent de l'*auctoritas prudentium*, en la

plaçant même à côté des constitutions impériales[1]. Enfin, chaque fois qu'un nouvel auteur était autorisé, l'unanimité pouvant disparaître, on comprend que les jurisconsultes vivants aient tenu peu de compte dans leurs écrits de solutions d'autorités dont la base était si mobile.

Ed. Bodin,
Professeur de droit romain à la Faculté de Rennes.

[1] Voyez notamment : Inst. Just. § 2, *De satisd. tut. vel curat.* « ... Tam « ex prudentium responsis quam ex constitutionibus imperialibus ... » — Dig., L. 32, pr., *De usuris :* « ... neque constitutione ulla, neque juris auc- « torum ... » — Dig., l. 4, § 14, *De dol. mal. excep.* : « ... etiam constitu- « tionibus et sententiis auctorum. »

QUELS ÉTAIENT, EN DROIT ROMAIN,

LES PRINCIPES SUIVIS

QUAND

UN COHÉRITIER RECUEILLAIT LA PART DE SON COHÉRITIER QUI ÉTAIT VACANTE?

Le titre *Ad legem Falcidiam* est certainement un de ceux du Digeste qui offrent le plus de difficultés.

La *lex Falcidia*, en permettant à l'héritier de retenir sur les legs le quart de l'hérédité, a dû naturellement faire naître une foule de questions difficiles à résoudre. Le titre *Ad legem Falcidiam* correspond, sous ce rapport, à la partie du Code Napoléon où il est traité de la quotité disponible et de la réduction ; or, on sait que cette matière est certainement l'une des plus difficiles de nos Codes, à raison des nombreuses et graves questions qu'elle soulève.

Notre intention n'est pas d'aborder toutes les questions que soulève le titre *Ad legem Falcidiam*, notre tâche est plus modeste : nous voulons seulement passer en revue quelques textes qui ont rapport au cas où l'un des cohéritiers recueillait la part de son cohéritier, part qui tantôt était grevée de legs et de fidéicommis, tantôt en était affranchie.

Ces textes sont principalement la loi 1, §§ 13 et 14; les lois 11, § 7; 78; 87, §§ 4, 5 et 8 *Ad legem Falcidiam* (au Digeste, livre XXXV, titre II).

a. Nous supposerons deux héritiers institués pour portions égales, Primus et Secundus. La fortune du testateur s'élève à 400. La part de Primus est épuisée par les legs ou fidéicommis faits à plusieurs ; celle de Secundus est intacte.

La part de l'un des cohéritiers pouvait faire retour à l'autre de trois façons.

I. *Jure accrescendi*. Si l'un des cohéritiers institués refusait de faire adition d'hérédité, ou mourait avant le jour de l'adition,

la part du défaillant accroissait à la part de celui qui avait fait adition.

II. *Jure substitutionis.* Si le testateur, après avoir institué deux héritiers, Primus et Secundus, les avait substitués l'un à l'autre *invicem* [1]. Dans le cas où l'un d'eux refusait, l'autre *jure substitutionis* recueillait la part défaillante.

III. *Jure caduca vindicandi.* On sait que les lois caducaires supprimèrent, en général du moins, le droit d'accroissement dans les hérédités testamentaires, et décidèrent que la part caduque appartiendrait d'abord au cohéritier s'il avait des enfants, puis au fisc.

La part de l'un des cohéritiers pouvait être recueillie par l'autre qui, satisfaisant aux lois caducaires, étant marié et ayant des enfants, revendiquait *jure caduci* cette part caduque ou *in causâ caduci.*

En admettant que la part défaillante fût celle de Primus, qui était épuisée par les legs ou fidéicommis, s'élevait la question de savoir si cette part revenait à Secundus son cohéritier, avec les charges qui la grevaient.

Il fallait faire une distinction importante :

1° Si la part revenait à Secundus *jure accrescendi*, alors l'accroissement était forcé, car personne, sauf le *miles*, ne pouvait décéder *partim testatus, partim intestatus.* Il s'ensuivait que Secundus recueillait cette part en vertu d'un droit qui lui était propre et sans qu'on pût le grever de legs imposés personnellement à Primus, aux droits duquel il ne succédait pas.

2° Si la part faisait retour *jure substitutionis*, il fallait donner la même solution. Secundus était institué héritier purement et simplement pour sa part, et sous condition quant à celle de Primus. Ce dernier ne faisant pas adition d'hérédité, la condition était accomplie et Secundus recueillait la part vacante *jure proprio* et sans emprunter les droits de son cohéritier, d'où il suivait que les charges imposées personnellement à ce dernier ne devaient pas l'atteindre [2].

[1] Nous n'avons pas à rechercher ici l'intérêt de la substitution *invicem* en présence du droit d'accroissement.

[2] D'après la loi 35, *De adquirenda vel omittenda hereditate* (liv. XXIX, tit. II, au Digeste), le cohéritier substitué, qui avait recueilli sa part comme institué, était obligé de prendre la part vacante, et nous pensons

Mais si les charges avaient été imposées conjointement aux deux héritiers ou à la masse de l'hérédité, la solution eût été différente, par exemple, si le testateur avait dit : « *Quisquis mihi heres erit damnas esto dare ducenta Titio.* » La loi 16, § 1 (*De legatis*, 1°, l. 30, titre unique au Digeste), porte : « *Nam et si duos ex heredibus suis nominatim quis damnasset; et alter hereditatem non adisset, qui adisset totum deberet, si pars ejus qui non adisset, ad eum qui adisset pervenerit.* »

Dans l'hypothèse prévue par cette dernière loi, Secundus est obligé par lui-même aux charges. Il y a disposition conjonctive quant à ces obligations, division par le concours, et accroissement par suite de la défaillance de Primus [1].

Mais si le testateur avait légué *nominatim ab eo qui deficiebat*, le cohéritier recueillait la part de son cohéritier *sine onere*, qu'il la prît *jure accrescendi* ou *jure substitutionis* [2].

Ce point de droit fut changé par un rescrit de Septime Sévère, rapporté par Ulpien dans la loi 61, § 1, *De legatis*, 2° (liv. XXXI, titre unique au Digeste). Voici le texte de cette loi : « *Julianus quidem ait si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem,* CUM ESSENT AB EO FIDEICOMMISSA RELICTA, *coheredem ejus non esse cogendum fideicommissa præstare : portionem enim ad coheredem sine onere pertinere.* »

Julien enseigne la doctrine en vigueur de son temps, mais Ulpien reprend : « *Sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta, a substitutis debentur, et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentem portionem.* »

Depuis le rescrit de Sévère, le cohéritier était tenu d'acquitter les legs ou fidéicommis, qu'il prît la part défaillante *jure accrescendi* ou *jure substitutionis*. Le rescrit supposait que le testateur avait répété la charge des legs pour le cohéritier qui profitait de cette part.

3° Quels étaient, au temps de Julien, les principes en vigueur quand le cohéritier revendiquait la part caduque ou *in causâ caduci?* était-il tenu des charges imposées à cette part ?

qu'il la reprenait *jure substitutionis*, et non *jure accrescendi*. *Secus* M. Ortolan sur le paragaphe 1er du titre XV, livre II des Institutes.

[1] On peut joindre la loi 122, § 1er, *De legatis*, 1° (30-1 au Digeste).

[2] Voir L. 29, §§ 1er et 2, *De legatis*, 2° (31-1 au Digeste), et M. Machelard (tome III de la *Revue historique*, page 174), *Dissertation sur l'accroissement.*

L'affirmative n'est pas douteuse. Les principes et les textes conduisent à cette solution : les principes, car le *jus caduca vindicandi* constituait une manière d'acquérir *lege*[1] et le cohéritier pouvait ne pas revendiquer le caduc ; dès lors, s'il revendiquait, il devait en subir les conséquences, avoir les charges avec l'émolument, comme, lorsqu'on acquiert une chose, on supporte tout ce qui est la suite nécessaire de l'acquisition.

Les textes ; en effet, Ulpien, dans ses Fragments, au titre *De caducis*, s'exprime ainsi : « *Caduca cum suo onere fiunt, ideoque libertates et legata et fideicommissa ab eo data, ex cujus persona hereditas caduca facta est, salva sunt.* »

Ces principes étant posés, abordons la loi Falcidie.

b. Le cohéritier, dont la part était épuisée par les legs, avait-il le droit d'opérer la rétention du quart ? Primus, dans notre espèce, pouvait-il retenir le quart de sa part, autrement dit le huitième de l'hérédité ?

D'un côté, en remontant aux motifs qui avaient dicté la *lex Falcidia*, il semble que la négative dût prévaloir, car ce plébiscite avait été introduit pour engager l'héritier institué à faire adition, afin que le testament ne fût pas annulé ; or, en admettant que Primus refusât l'hérédité, Secundus se portait héritier, et, dès lors, le défunt ne mourant pas *intestat*, le but poursuivi par la *lex Falcidia* était atteint.

Mais, d'un autre côté, cette solution eût été funeste aux légataires, car Primus, le cohéritier dont la part était épuisée par les legs ou les fidéicommis, n'ayant aucun intérêt à faire adition d'hérédité, répudiait sa part qui était dévolue à Secundus, *sans les charges*, et, en dernière analyse, les légataires souffraient de cet état de choses. Aussi, dans leur propre intérêt, on posa le principe : *In singulis heredibus, ratio legis Falcidiæ ponenda est*[2]. On permit au cohéritier, dont la part était épuisée par les legs, de retenir le quart, bien que l'autre part laissée à son cohéritier fût intacte.

Après la constitution de Septime Sévère, l'intérêt disparut, puisque le cohéritier acceptant dut exécuter les charges imposées au défaillant, mais la règle n'en subsista pas moins.

c. Voyons maintenant comment il fallait calculer la Falcidie,

[1] *Fragments* d'Ulpien, titre XIX, § 17.

[2] Voir L. 77, *Ad legem Falcidiam*. (XXXV-II, Digeste.)

si l'une des parts venait à défaillir et à être dévolue à l'autre cohéritier.

I. Etait-elle recueillie *jure accrescendi?* il fallait distinguer : ou la part grevée de legs accroissait à celle qui était exempte de toutes charges, ou le contraire avait lieu, cette dernière venant accroître à celle qui était épuisée.

Dans le premier cas, depuis le rescrit de Sévère, le cohéritier qui devait supporter les charges de la part qui lui était dévolue avait aussi l'émolument, c'est-à-dire le droit de retenir le quart de la demie, autrement dit le huitième de l'hérédité.

Dans le second cas, le cohéritier qui recueillait la part intacte n'avait pas le droit de retenir le quart qu'il eût pu déduire auparavant, et il devait payer la totalité des legs ; il y avait confusion, les parts étaient mêlées, et, pour en revenir à notre espèce, Primus étant traité comme seul héritier, il lui restait la demie, c'est-à-dire 200, *jure hereditario.*

La loi 78 *Ad legem Falcidiam* pose très-bien cette distinction : « *Quod si alterutro eorum deficiente, alter solus heres extiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiæ habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causæ spectandæ sint? Et placet, si ejus pars legatis exhausta sit, qui heres extiterit, adjuvari legatarios per deficientem partem : quia ea non est legatis onerata, quia et legata, quæ apud heredem remanent, efficiunt, ut cæteris legatariis aut nihil, aut minus detrahatur : si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiæ, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret* [1]. »

La loi 1, § 14 (*Ad legem Falcidiam,* Digeste, XXXV, II), semble contredire la règle si nettement établie dans la loi que nous venons de citer.

Ce texte, qui a beaucoup embarrassé les commentateurs, est ainsi conçu : « *Si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra, et illam vindicavero ; Cassius confundendas esse partes existimat : Proculus contra. In qua specie et Julianus Proculo adsensit : quam sententiam probabiliorem esse puto. Sed et divus Antoninus dicitur*

[1] Cette loi est de Gaïus, ce qui prouve que ce jurisconsulte enseignait, avant Septime Sévère, que le cohéritier auquel la part grevée faisait retour ne la prenait *jure accrescendi* qu'avec les charges.

commiscendas esse utrasque partes in computatione legis Falcidiæ. »

Pothier (n° 73, *Ad legem Falcidiam*, *Pandect. Justin.*) applique ce texte au droit d'accroissement. Il mentionne l'avis de Cujas qui substituait à Proculus le nom de Cassius, car, disait-il, Julien était de l'école sabinienne. Enfin, il rappelle que Cujas lisait : NON *esse commiscendas.* Suivant Pothier, il y aurait eu controverse sur la question de savoir si les parts devaient être ou non réunies, quand la part grevée faisait retour à celle qui ne l'était pas.

Dans son commentaire sur Papinien (L. 11, § 5, *Ad legem Falcidiam*), Cujas cite l'avis de divers commentateurs, et, après avoir fait remarquer que Paul semble ne pas approuver le rescrit de l'empereur Antonin Caracalla, il applique ce passage au droit d'accroissement.

L'annotateur de Doneau agit de même et signale la controverse entre Cassius et Proculus.

Mühlenbruch (*Doctrina Pandectarum*, p. 670) se contente de citer cette loi et de la rapprocher de la loi 78, en l'appliquant au droit d'accroissement.

Vinnius (*Instit. de Justinien*, *Ad legem Falcidiam*) suit la doctrine de Cujas.

M. Ducaurroy (*Instit. expliquées*, 7e éd., 1er vol., p. 640) dit, en note : « Remarquez qu'il faut ajouter une négation au texte de Paul. »

Mais il nous paraît évident que la loi 1, § 14, *Ad legem Falcidiam*, n'a jamais dû régir un cas où il fût question du *jus accrescendi.*

Cassius, Proculus et Julien sont tous jurisconsultes antérieurs à Septime Sévère. Ils écrivaient alors que le cohéritier recueillait la part défaillante *sine onere ;* ils ne pouvaient donc se demander ce qui devait arriver dans le cas où la part grevée de legs faisait retour à la part non grevée. Cette simple réflexion et la comparaison de ce texte avec la loi 61, § 2, *De legatis* 2°, loi citée précédemment, eussent dû éclairer Cujas et Pothier. De plus, l'expression *vindicavero* ne s'appliquait pas au droit d'accroissement, qui avait lieu malgré le cohéritier acceptant.

II. Quelle était donc la portée de ce texte ? il régissait le cas où le cohéritier venait prendre la part grevée de legs en vertu du *jus caduca vindicandi.*

S'élevait alors la question suivante : le cohéritier Secundus, qui était tenu des legs imposés à son cohéritier Primus dont la part était caduque ou *in causâ caduci*, pouvait-il défalquer la quarte falcidie ?

Les Sabiniens pensaient que les deux parts devaient être confondues et qu'en conséquence la déduction ne pouvait avoir lieu, solution favorable aux légataires. Proculus était d'un avis opposé, il pensait probablement que celui qui avait les charges devait avoir l'émolument. Julien quittait le camp sabinien pour passer dans celui des Proculéiens, et Paul ajoute qu'il croit l'avis de Proculus plus probable : « *Quam sententiam probabiliorem esse puto.* » Cependant, un rescrit d'Antonin Caracalla est venu donner gain de cause aux Sabiniens, en décidant qu'il fallait mêler les deux parts et par conséquent opérer sur l'ensemble.

L'interprétation de ce texte écarte, à notre avis, toute espèce de difficulté.

La loi 1, § 13, *Ad legem Falcidiam*, sur laquelle nous allons revenir, parle tout à la fois des cas où la part défaillante advenait au cohéritier *jure substitutionis* et *jure accrescendi*, et la loi 1, § 14, de celui où la part revenait *jure caduca vindicandi*. Paul envisageait ainsi les trois événements qui pouvaient entraîner cette dévolution d'une part sur l'autre.

L'expression *vindicavero* était spéciale au *jus caduca* VINDICANDI, jamais elle ne s'était appliquée au droit d'accroissement qui ne constituait pas une manière d'acquérir, mais, comme on l'a dit, « *potius jus non decrescendi quam jus accrescendi.* » Le nom des jurisconsultes antérieurs au décret de Sévère, et enfin le rescrit d'Antonin Caracalla, qui déjà avait statué sur les *caduca*[1], démontraient jusqu'à l'évidence qu'il s'agissait du *jus caduca vindicandi*.

En résumé, d'après la loi 78, *Ad legem Falcidiam*, quand il y avait lieu au droit d'accroissement, il ne fallait pas confondre les parts, dans le cas où la part grevée faisait retour à celle qui ne l'était pas ; mais si la part grevée était revendiquée comme *caduque*, alors il en était autrement, et c'est à cette dernière hypothèse que fait allusion la loi 1, § 14, *Ad legem Falcidiam*.

[1] Ulpien, *Fragments*, titre XVII, § 2.

A quoi tient cette différence ? on ne le voit pas d'une manière bien nette, car si le cohéritier est tenu des charges, pourquoi n'aurait-il pas l'émolument et le droit de retenir le quart ? Aussi le jurisconsulte Paul dit-il que l'avis de Proculus lui paraît meilleur.

Mais il est difficile de se rendre compte de toutes les règles du *jus caduca vindicandi*, et cette décision était d'ailleurs favorable aux légataires.

III. Quels principes fallait-il appliquer quand le cohéritier recueillait la part défaillante *jure substitutionis ?*

Suivant nous, les mêmes principes que ceux énoncés dans la loi 78, *Ad legem Falcidiam*. Pour en revenir à notre espèce, si Primus prenait la part de Secundus, part qui n'était pas grevée de legs, il y avait confusion et cela profitait aux légataires. Sur ce premier point, pas de doute possible. La loi 1, § 13, *Ad legem Falcidiam*, porte : « *Id quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit*, PROFICIT LEGATARIIS. *Is enim similis est heres ex parte pura, ex parte sub conditione heredi instituto.* »

Mais si la part grevée faisait retour à la part non grevée, si Secundus recueillait la part de Primus, y avait-il confusion, ou bien Secundus pouvait-il déduire le quart ?

Pothier soutient qu'il ne le pouvait pas et il se fonde sur la loi 87, § 4, *Ad legem Falcidiam*.

La suite de la loi 1, § 13 (même titre), d'un autre côté, semble le contredire. Voici ce qu'elle porte : « *Sed ea quæ ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non* QUISQUIS MIHI HERES ERIT. »

Pothier enseigne que, d'après ce texte, la part grevée fait retour *jure accrescendi*, et que Paul, se conformant au principe énoncé dans la loi 78, *Ad legem Falcidiam*, décide que les legs *non augebuntur*, parce que Secundus opérera la rétention de la quarte falcidie. Toutefois il en est ainsi, si les legs ont été imposés *nominatim* à Primus et non pas avec la formule suivante : « *Quisquis mihi heres erit,* » car, dans ce dernier cas, les legs sont imposés à Secundus comme à Primus, au cohéritier défaillant comme au cohéritier acceptant.

A cette doctrine de Pothier, on peut répondre : 1° que la seconde partie de cette loi 1, § 13, peut bien comprendre tout à la fois le cas où il y avait dévolution d'une part sur l'autre *jure*

accrescendi ou *jure substitutionis;* 2° que les raisons de décider dans les deux cas étaient les mêmes et que la doctrine de la loi 78, *Ad legem Falcidiam*, pouvait bien être étendue au cas de substitution.

En effet, le rescrit de Septime Sévère n'avait-il pas embrassé tout à la fois la substitution et le droit d'accroissement [1]? Le cohéritier qui, depuis cette constitution, supportait les legs ne devait-il pas avoir l'émolument? D'ailleurs, les légataires n'avaient pas le droit de se plaindre, car le rescrit de Sévère leur avait été très-avantageux [2].

Suivant Pothier (n° 73, *Pandectes*, *Ad legem Falcidiam*), le cohéritier substitué était institué partie purement et simplement, partie sous condition, et, dès lors, toute la falcidie devait se calculer sur l'*as* entier; au contraire, quand il prenait *jure accrescendi* la part défaillante, il agissait partie en vertu d'un droit qui lui était propre, partie en vertu du droit d'autrui, et il y avait lieu dès lors à deux calculs, à deux falcidies.

Mais ce jurisconsulte méconnaissait ainsi les principes du *jus accrescendi*. Le cohéritier recueillait toute l'hérédité *jure proprio* et en effet : « *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere poterat.* »

Reste la loi 87, § 4, *Ad legem Falcidiam*, qui paraît contraire à notre doctrine.

Voici l'espèce prévue par Julien. Un testateur a institué héritiers pour portions égales son fils impubère et Titius. Il a épuisé par des legs la moitié de l'hérédité laissée à son fils, il n'a imposé aucun legs à Titius, puis il a substitué Titius à son fils.

Remarquons que cette substitution est tout à la fois vulgaire et pupillaire. La loi 4, *De vulgari et pupillari substitutione* (livre XXVIII, titre VI, au Digeste) rapporte une constitution de Marc-Aurèle et de Vérus d'après laquelle, lorsque le père substituait quelqu'un à son fils impubère *in alterum casum*, c'est-à-dire soit vulgairement, soit pupillairement, la substitution était censée

[1] Voir L. 62, § 1, *De legatis*, 2° (XXI-I au Digeste), citée plus haut.

[2] D'après les auteurs qui enseignent que la substitution n'était pas forcée pour le cohéritier institué qui avait fait adition d'hérédité, celui-ci pouvait refuser la part, et la prendre *jure accrescendi*, cas auquel il profitait du principe posé dans la loi 78, *Ad legem Falcidiam*, et pouvait déduire le quart.

faite *in alterum casum*, soit pour le cas où le fils ne serait pas héritier du père, soit pour le cas où le fils, devenu héritier du père, viendrait à mourir *intra pubertatem*, étant encore impubère.

Maintenant revenons à la loi 87, § 4, *Ad legem Falcidiam*. Le jurisconsulte suppose que Titius a fait adition ; puis le fils meurt étant impubère et Titius profite du bénéfice de la substitution. S'élève alors la question de savoir ce qu'il doit prester aux légataires ; pourra-t-il retenir le quart comme aurait pu le faire le fils, ou bien doit-il délivrer aux légataires la totalité des legs sans aucune retenue ?

Julien fait une distinction. Titius vient-il en vertu de la substitution vulgaire, parce que le fils du testateur est mort avant son père, alors il devra tous les legs ; « *Nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur et solida legata præstarentur.* » Au contraire, Titius vient-il en vertu de la substitution pupillaire, il peut alors retenir le quart de la moitié : « *Quia,* dit Julien, *non suo nomine obligatur sed defuncti pupilli qui nihil amplius quam semissis dodrantem præstare necesse habuit.* »

D'après cette loi, Titius, recueillant la part de son cohéritier grevée de legs, en vertu de la substitution vulgaire, ne pouvait pas déduire la quarte falcidie, décision opposée à celle que nous avons donnée tout à l'heure.

Pothier voyait dans cette loi la règle à suivre quand le cohéritier recueillait la part vacante *jure substitutionis*, et il croyait pouvoir établir une différence entre le *jus accrescendi* et le *jus substitutionis* : cette différence, nous la rejetons.

Mais alors comment interpréter la loi 87, § 4, *Ad legem Falcidiam ?*

Remarquons d'abord que la loi est de Julien, d'après lequel le cohéritier qui venait prendre la part défaillante soit *jure accrescendi*, soit *jure substitutionis*, n'était pas tenu des charges; mais comment la question qu'il soulève pouvait-elle se présenter ?

Pothier suppose que le testateur, après avoir imposé les legs à son fils, avait répété cette charge dans la substitution, de telle sorte que le substitué devait les legs *proprio jure*. Mais alors la question ne pouvait offrir de doute, et on ne saurait, de cette hypothèse toute spéciale, déduire le principe général qu'il pose

et d'après lequel : *le cohéritier qui recueillait* JURE SUBSTITUTIONIS *la part grevée de legs devait prester les legs dans leur totalité, sans retenir la quarte falcidie.*

La solution donnée par Julien, suivant nous, tient à des principes tout opposés, d'après lesquels, *lorsque le cohéritier de l'impubère venait à la succession par suite de la substitution vulgaire, il y avait confusion, et la quarte falcidie se calculait sur l'ensemble de l'hérédité.*

Il s'agissait, en effet, d'un testament qui renfermait non-seulement la substitution vulgaire, mais encore la substitution pupillaire, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure.

Or, dans ce dernier cas, d'après la loi 79, *Ad legem Falcidiam*, les legs contenus dans les premières ou dans les secondes tablettes, c'est-à-dire dans la partie relative à l'hérédité du père, et dans celle relative à l'hérédité du fils, devaient être réunis en une seule masse : « *In unum contribuuntur tanquam si et ea quæ a filio herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset.* » Les legs imposés au fils étaient censés imposés au substitué sous une condition qui s'était réalisée.

La falcidie se calculait sur l'ensemble du patrimoine du père tel qu'il était au jour de sa mort. (Même loi 79, *Ad legem Falcidiam*, et loi 11, § 5, même titre, qui s'exprime ainsi : « *In tabulis patris et filii unam falcidiam servari* [1]. »)

On admettait donc sans difficulté, du temps de Julien, que le substitué pupillairement venant, en vertu de cette substitution, à l'hérédité du fils devait supporter les legs imposés au fils, sauf le droit de déduire la quarte falcidie. On enseignait même que si des legs avaient été imposés au substitué, on devait les réunir à ceux dont le fils avait été grevé, et opérer sur l'ensemble du patrimoine laissé au jour du décès du père de famille.

Mais que décider, alors que le cohéritier venait à la part du

[1] Le substitué pupillaire, à l'origine, n'était que le *secundus heres* du père ; il venait à l'hérédité : 1° quand le fils mourait avant son père ; 2° quand il mourait après son père, mais *intrà pubertatem*. Le fils était censé alors n'avoir jamais été héritier ; il y avait *unum testamentum* et *una hereditas*, de là des conséquences qui subsistèrent, même quand il y eut *duæ hereditates*. (Voir Gaïus, C., § 280, et notre ouvrage sur les *Passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, p. 413 et suiv., et à la table le mot : SUBSTITUTION PUPILLAIRE.)

fils non plus par suite de la substitution pupillaire, mais par suite de la substitution vulgaire?

Dans ce cas tout à fait exceptionnel, on décida, du temps même de Julien, que le substitué devrait les legs imposés au fils, legs qu'il eût dus s'il avait profité de la substitution pupillaire.

Une question subsidiaire se présentait : devait-il y avoir confusion? On admit l'affirmative. Le fils étant mort avant le père, le cohéritier était censé recueillir la part du fils comme si le testateur avait répété les legs, et dès lors on maintint une seule falcidie sur l'ensemble de l'hérédité.

Bref, on décida que le cohéritier substitué au fils serait tenu des legs s'il venait à la substitution vulgaire, parce qu'il en eût été tenu s'il eût pris la part en vertu de la substitution pupillaire; on décida en même temps qu'il n'y aurait qu'une seule hérédité, celle du père, et que, dès lors, la falcidie devait se calculer sur l'ensemble de cette hérédité.

Ces principes admis du temps de Julien n'empêchèrent pas de décider qu'un cohéritier ordinaire, venant par suite de la substitution vulgaire recueillir la part défaillante grevée de legs, ne devait pas subir la charge des legs, et, plus tard, quand il en fut tenu en vertu du rescrit de Septime Sévère, il eut le droit de retenir la quarte falcidie (Voir la loi 78, *Ad legem Falcidiam*, déjà citée [1]).

IV. Quels étaient les principes suivis au cas de substitution pupillaire?

Si le cohéritier de l'impubère venait à la substitution pupillaire, il était tenu des legs imposés au pupille, mais il avait le droit de retenir la quarte, toutefois avec des distinctions :

1° Si la part du cohéritier substitué pupillairement à l'impubère son cohéritier n'était pas grevée de legs, il pouvait retenir la quarte sur la part de l'impubère grevée de legs. Dans ce cas, il n'y avait pas confusion (*Sic* loi 87, § 4, *Ad legem Falcidiam*).

2° Si, au contraire, la part du cohéritier substitué avait été épuisée par les legs et celle du pupille non grevée, on décidait que le cohéritier qui profitait de la substitution pupillaire ne pouvait plus déduire la quarte sur sa part. Julien le comparait à

[1] Je reviendrai tout à l'heure sur cette loi 87, § 4, *Ad legem Falcidiam*. Je me borne à indiquer les motifs de la solution que Julien crut devoir adopter.

un cohéritier dont la part aurait été grevée et qui aurait vu la part du cohéritier auquel il avait été substitué lui faire retour par suite de sa défaillance. Voici, en effet, ce qu'il dit (L. 85, § 5, *Ad legem Falcidiam*) : « *Quod si extranei heredis semis totus legatus fuerit, isque pupillo, a quo nihil legatum erat, ex substitutione heres extiterit : poterit dici*, AUGERI LEGATA, *et perinde agendum ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset, eoque omittente hereditatem, ex asse heres extitisset*, QUIA SEMPER SUBSTITUTUS RATIONEM LEGIS FALCIDIÆ EX QUANTITATE BONORUM, QUÆ PATER RELIQUERIT, PONET. »

3° La part du cohéritier et celle de l'impubère étaient toutes deux grevées de legs ; le cohéritier recueillait la part de l'impubère. Cette hypothèse est prévue par la loi 87, § 8, *Ad legem Falcidiam*. Julien décide qu'il devait y avoir confusion et calcul sur l'ensemble, car, dit-il : « *Licet enim pupillo heres existat : tamen circa legem Falcidiam perinde ratio habetur ac si patri heres extitisset.* »

Toutes ces distinctions tenaient à des principes spéciaux à la substitution pupillaire, principes d'après lesquels si des legs étaient imposés dans l'institution et dans la substitution, on calculait la quarte falcidie comme s'il n'y avait qu'une seule disposition. Dès lors, d'après les paragraphes 5 et 8 de la loi 87, *Ad legem Falcidiam*, si des legs étaient imposés au cohéritier de l'impubère *dans l'institution* et qu'il vînt à recueillir le bénéfice de la substitution, le calcul devait se faire sur l'ensemble du patrimoine, car le cohéritier était alors considéré comme unique héritier du père.

Cependant la loi 87, § 8, *Ad legem Falcidiam*, semble être contredite par la loi 11, § 7, du même titre. Papinien dit, en effet, dans cette dernière : « *Sed legata quæ ab instituto extero data sunt, permisceri cæteris non oportere. Ideoque quartam pupillo datæ portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus.* »

Pothier concilie en disant que, dans la loi 11, § 7, le pupille s'est immiscé et n'a pas profité du bénéfice d'abstention, tandis que dans la loi 87, § 8, il s'est abstenu, et alors le cohéritier recueille pour ainsi dire la part en vertu d'une substitution vulgaire.

Nous serions bien plutôt tenté de croire que Julien émettait,

dans la loi 87, § 8, *Ad legem Falcidiam*, une doctrine qui n'a pas prévalu.

Papinien, dans la loi 11, § 7, suppose que la part du cohéritier du pupille n'est pas absorbée par les legs, et il décide que si la part du pupille fait retour en vertu de la substitution pupillaire, on appliquera alors le principe qui avait fini par prévaloir quand la part grevée faisait retour à la part non grevée ; on permettra au cohéritier de l'impubère de déduire la quarte sur la part de l'impubère : « *Sed legata quæ ab instituto extero data sunt*, PERMISCERI CÆTERIS NON OPORTERE : *ideoque quartam pupillo datæ portionis habere substitutum*, QUAMVIS SUAM PORTIONEM HABEAT UT INSTITUTUS. »

Cette décision était inconnue à Julien, puisque, de son temps, le substitué vulgaire recueillait la part défaillante sans les charges qui la grevaient.

Papinien, dans les paragraphes 5, 6 et 7 de la loi 11, *Ad legem Falcidiam*, semble distinguer le cas où les legs étaient imposés au substitué pupillairement qui n'était pas institué cohéritier du fils, de celui où les legs étaient imposés au cohéritier de l'impubère comme institué, sans être répétés dans la substitution. Dans le premier cas, il y avait confusion et l'on appliquait la règle « *In tabulis patris et filii unam falcidiam servari.* » Dans le second cas, il n'y avait pas confusion si la part de l'impubère grevé faisait retour à son cohéritier substitué pupillairement.

La loi 11, § 7, nous paraît mettre cette distinction en relief et voici les termes dont se sert Papinien : « *Quæsitum est, si quis pupillo coheredem substituisset : quemadmodum legis Falcidiæ ratio inquiri debeat, et quale est, quod vulgo diceretur*, LEGATORUM RATIONEM SEPARANDAM? *Dixi, quantum ad legata, quæ pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem ; cum communi calculo subjiciantur, et invicem inducant contributionem : sed legata quæ ab instituto extero data sunt, permiscere cæteris non oportere : ideoque quartam pupillo datæ portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat, ut institutus.*»

On demande à Papinien, dans le cas où le père de famille a substitué pupillairement à son fils le cohéritier de ce dernier, comment on doit calculer la quarte falcidie et comment on doit appliquer la règle : *Qu'il faut faire un compte séparé pour les legs* (*legatorum rationem separandam*).

Le jurisconsulte distingue :

1re *hypothèse*. Le père a institué son fils et lui a imposé des legs, puis il lui a substitué pupillairement un individu qu'il n'a pas institué cohéritier du fils et lui a également imposé des legs; dans ce cas, il n'y a pas de séparation (*nullam fieri separationem*), les legs sont soumis à un calcul commun ; en d'autres termes, il applique la doctrine de la loi 79, *Ad legem Falcidiam*, et de la loi 11, § 5, du même titre : « *In tabulis patris et filii unam falcidiam servari.* »

Dans cette partie du texte : « *quæ pater a filio, item a substituto reliquit,* » il faut supposer que le substitué n'est pas institué cohéritier du fils.

2e *hypothèse*. Le fils institué héritier est tenu de payer des legs, son cohéritier institué et substitué pupillairement en est également tenu comme institué. Dans ce cas, le jurisconsulte répond que les legs ne doivent pas être confondus : « *legata quæ ab instituto extero data sunt, permisceri cæteris non oportere ;* » et il en conclut que le substitué doit pouvoir retenir le quart de la part du pupille, bien qu'il ait le quart de l'hérédité comme héritier institué.

C'est sur ce dernier point que Papinien me semble s'être écarté de la doctrine enseignée par Julien dans la loi 87, § 8, *Ad legem Falcidiam*.

Toutes ces hésitations sont faciles à comprendre. La substitution pupillaire était une institution coutumière : elle devait naturellement se développer peu à peu, sous l'influence de la doctrine des jurisconsultes romains qui, dans cette matière, ne donnent pas des solutions que la logique puisse toujours approuver.

Cette réflexion me ramène à la loi 87, § 4, *Ad legem Falcidiam*. Dans l'hypothèse de cette loi, la part du cohéritier de l'impubère n'est pas grevée de legs, elle est intacte. Si ce cohéritier recueille en vertu de la substitution pupillaire la part du pupille institué héritier, d'après Julien, il doit les legs imposés au fils, mais sans qu'il y ait confusion, et avec la faculté de déduire la quarte falcidie.

Cette décision est conforme à la doctrine de Papinien, d'après laquelle on ne calcule la falcidie en confondant l'institution et la

substitution que lorsque des legs sont imposés au fils institué et au substitué qui n'est pas institué cohéritier de l'impubère ; tandis que si le substitué est cohéritier du fils, il n'y a pas confusion, et le quart peut être déduit par lui quoiqu'il ait sa part intacte ou qu'il y trouve le quart de l'hérédité (L. 11, § 7, *Ad legem Falcidiam*).

On a donc fini par admettre dans ce cas les principes qui assurément, d'après la loi 78, *Ad legem Falcidiam*, furent adoptés pour le droit d'accroissement et, nous le pensons, même pour la substitution vulgaire.

Mais dans la loi 87, § 8, *Ad legem Falcidiam*, Julien semble s'être écarté de la solution qu'il venait de donner dans le paragraphe 4. Il décide que l'on doit calculer la falcidie quand la part du cohéritier de l'impubère et celle de ce dernier sont grevées de legs, *comme si le cohéritier était seul héritier du père*. On rencontre ici l'influence du principe : « *Unam falcidiam servari in tabulis patris et filii,* » qui le domine en lui faisant adopter la confusion. Mais Papinien, plus logique dans la loi 11, § 7, revient aux principes suivis en matière d'accroissement et de substitution vulgaire, et donne au cohéritier le droit de retenir le quart de la part du pupille, bien qu'il ait déjà le quart de l'hérédité comme institué.

Dans cette même loi 87, § 4, *Ad legem Falcidiam*, Julien décide que le cohéritier de l'impubère venant à la substitution vulgaire devra les legs, et cela probablement parce qu'il les aurait dus, s'il fût venu en vertu de la substitution pupillaire. Mais il ajoute qu'il y aura confusion. Pourquoi ? Le motif juridique nous échappe, car on a admis que celui qui recueillait la part grevée pourrait défalquer le quart en vertu de la *lex Falcidia*, quoique sa part fût intacte.

Faut-il dire qu'à l'époque de Julien, ce principe n'avait pas encore été formulé et que les charges imposées au pupille étaient censées l'être au cohéritier substitué. Mais si, par analogie de ce qui avait lieu pour la substitution pupillaire, on avait grevé le substitué vulgaire de la charge des legs, pourquoi aussi ne pas lui avoir donné le droit de retenir le quart sur la part du pupille qui lui faisait retour? Il est vrai que le jurisconsulte répond : « *Si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerit, quia non suo nomine obligatur,*

sed defuncti pupilli qui nihil amplius quam semissis dodrantem præstare necesse habuit. » Comme substitué pupillaire, le cohéritier vient au nom du fils; comme substitué vulgaire, en son nom seul. Il doit les legs, mais il les doit comme seul héritier ; telle est, suivant nous, la pensée du jurisconsulte, mais elle ne se trouve plus en harmonie avec la loi 78, *Ad legem Falcidiam* [1].

G. DE CAQUERAY,
Professeur à la Faculté de droit de Rennes.

[1] Notre article était terminé quand a paru la continuation du remarquable travail de M. Machelard sur l'accroissement (Voir *Revue historique*, p. 111, livraison de mars et avril 1858, en note). L'auteur fait allusion à des points que nous avons traités. Il pense notamment que la loi 78, *Ad legem Falcidiam*, ne s'appliquait pas au *jus accrescendi*; nous ne saurions partager cet avis. Les rescrits, la plupart du temps, ont confirmé des doctrines enseignées par les jurisconsultes romains.

L'INSTITUTION AU DROIT FRANÇOIS

OUVRAGE INÉDIT DE L'ABBÉ FLEURY[1].

Il y a vingt ans que, passant sur le quai aux Fleurs, j'achetai à l'étalage d'un bouquiniste un manuscrit formant deux gros volumes in-quarto, et portant le titre suivant :

INSTITUTION AU DROIT FRANÇOIS,
DIVISÉE EN HUIT PARTIES.
LA PREMIÈRE DU DROIT PUBLIC.
LES QUATRE SUIVANTES DU DROIT PRIVÉ.
LES TROIS DERNIÈRES DE LA PROCÉDURE.

Ce manuscrit, sans nom d'auteur et sans date, est d'une écriture bâtarde, fort lisible ; mais, à la façon dont il est ponctué, et au grand nombre de fautes qu'on y trouve, il est visible que c'est une copie faite par un écrivain peu intelligent.

De quelle époque est cette copie, c'est ce qu'il est aisé de savoir. L'écriture est du dix-septième siècle, et la reliure portant au dos : DROICT FRANÇOIS indique également le règne de Louis XIV.

Quant au contenu du manuscrit, certaines dates qui s'y rencontrent ne permettent pas de douter que l'original ne soit contemporain de la copie. C'est ainsi qu'à la fin de la seconde partie qui traite *des personnes*, on trouve à la marge, la date : 22 *aoust* 1665 ; dans un autre passage où l'on cite un édit de 1626, qui a établi des commissaires aux saisies, en titre d'office, l'auteur remarque qu'il y a quarante ans que cet édit a été rendu[2]. C'est donc aux environs des années 1665 et 1666 que l'ouvrage a été rédigé.

[1] M. Durand, libraire, publiera prochainement, en deux volumes in-8°, l'*Institution au droit françois*, ouvrage inédit de l'abbé Fleury, et que longtemps on a cru perdu. Nous avons pensé qu'on apprendrait cette découverte avec intérêt, et nous avons voulu l'annoncer avant tout aux lecteurs de la *Revue*, en leur donnant la préface du nouveau livre.

[2] T. II de notre édition, p. 179.

Un autre genre de preuves ne permet pas de placer cet écrit à une date plus récente. D'une part, il y est question des états généraux, dont on ne parle guère dans les dernières années de Louis XIV; d'autre part, la procédure civile exposée dans les livres VI et VII est la procédure instituée par l'ordonnance de 1539; l'auteur n'a pas connu la grande réforme de 1667, ou du moins il n'y fait pas allusion.

Je parcourus ce manuscrit avec intérêt. C'est un exposé de notre ancien droit civil, fait par un esprit clair et précis. Les principes sont bien posés, les conséquences nettement déduites; ce n'est pas le cahier d'un praticien, c'est l'œuvre d'un jurisconsulte.

Malgré ces qualités, je ne crus pas avoir trouvé un trésor; je mis dans un coin de ma bibliothèque l'auteur anonyme dont personne ne s'était inquiété depuis bientôt deux siècles, je l'oubliai pendant plus de dix ans, et il courait grand risque de rester toujours inconnu, quand un hasard heureux m'apprit ce que je ne soupçonnais guère, c'est que cette *Institution au droit françois* était une œuvre inédite et perdue de l'abbé Fleury.

En l'année 1851, je fis au Collége de France un cours sur l'histoire de l'ancienne administration française. Parmi les livres qui pouvaient me servir, j'avais remarqué le *Droit public de France*, ouvrage posthume de l'abbé Fleury, publié par J.-B. Daragon, professeur en l'université de Paris (Paris, 1769, 2 vol. in-12). C'est une suite de notes fort exactes sur notre ancien droit public, notes qui servirent à Fleury lorsque, sous les ordres de Fénelon, il fut chargé de l'éducation du duc de Bourgogne. Daragon, devenu possesseur des manuscrits de l'abbé Fleury, par la mort de son neveu M. de La Vigne de Frécheville, premier médecin de la reine, nous apprend qu'il n'avait pu rencontrer dans les papiers de Fleury ce *Droit public de France*, dont il retrouvait toutes les dates; mais que M. Paris de Maysieu fut assez bon pour lui communiquer l'original du *Droit public*, et que c'est à sa générosité qu'on doit la publication de cet ouvrage intéressant[1].

[1] Par une bonne fortune singulière, j'ai trouvé, il y a quelque temps, près du pont de la Concorde, un manuscrit du *Droit public*, qui n'est pas celui que possédait M. de Maysieu, car il ne semble pas écrit de la main de Fleury. C'est un petit in-folio relié en parchemin, et qui porte le titre de *Droit pu-*

Daragon parle ensuite des ouvrages inédits de l'abbé Fleury qu'il a entre les mains et qu'il se propose d'imprimer plus tard, tels que le tome XXI de l'*Histoire ecclésiastique*[1], le *Soldat chrétien*, etc., et il ajoute ce qui suit[2] :

« A l'âge de vingt-trois ans, M. Fleury entreprit de rédiger le *Droit françois*, et à vingt-cinq ans le *Droit ecclésiastique* et le *Droit public*. Voici la date de ces différents ouvrages, telle qu'il l'indique lui-même à la tête du manuscrit du *Droit ecclésiastique*.

« *Institution au droit françois*, commencée en octobre 1663, « par la troisième partie, après avoir fait un léger projet de la « seconde : des *Personnes ;* les troisième, quatrième, cinquième « tout de suite.

« Ensuite la première partie du *Droit public* et la seconde des « *Personnes*, achevée le 22 aoust 1665.

« La *Procédure civile*, qui est la sixième partie commencée le « 4 novembre 1665, interrompue pour l'*Institution au droit* « *ecclésiastique*, commencée le 23 décembre 1665 et achevée le « 21 septembre 1666 à Ormesson.

« La *Procédure civile* reprise au cinquième chapitre de la « sixième partie, le 7 octobre 1666, à Ormesson; continuée pen- « dant l'année 1667, partie septième ; la huitième achevée en « 1668, avant le 15 mai.

« *Droit public*, recommencé le 4 janvier 1667 à Saint-Ger- « main, continué à diverses reprises jusque vers le 8 septembre « 1679 à Fontainebleau[3]. »

blic. L'écriture en est très-nette, et semble du dix-septième siècle, le texte est le même que celui que donne Daragon, sauf quelques différences de style que j'attribue à l'éditeur. Daragon, par exemple, imprime : « Droit « positif divin *est* ce qu'il a plu à Dieu *de* commander aux hommes. » Le manuscrit dit plus simplement : « D. positif divin, ce qu'il a plu à Dieu « commander aux hommes. »

[1] Ce tome XXI, comprenant les livres CI-CIV, a été publié à Paris, en 1837, par l'abbé Vidal, dans le VI^e^ volume de l'*Histoire du Christianisme*, qui n'est, sous un autre nom, que l'*Histoire ecclésiastique* de l'abbé Fleury.

[2] Daragon, *Préface au droit public*, p. x.

[3] Ce *Droit public* recommence est, sans doute, le manuscrit qu'a publié Daragon. C'est un remaniement complet du *Droit public* qui forme la première partie de l'*Institution au droit françois*.

Cette indication fut pour moi un trait de lumière ; Fleury avait fait une *Institution au droit françois;* c'était le titre de mon manuscrit. Cette Institution était divisée en huit parties, comme mon manuscrit ; et ces parties se suivaient dans le même ordre : I, *Droit public ;* II, III, IV, V, *Droit privé ;* VI, VII, *Procédure civile ;* VIII, *Procédure criminelle.* Enfin, la seconde partie, *des Personnes,* avait été achevée le 22 août 1665 : c'est la date même que mon manuscrit porte en cet endroit. Il n'y avait pas à en douter, l'anonyme que j'avais trouvé sur le quai, c'était Fleury.

Ce n'est pas tout, Daragon ajoute en note :

« M. Fleury a donc fait une *Institution au droit françois.* Une personne digne de foi sçavoit de M. le chancelier d'Aguesseau, dont elle avoit la confiance, que M. Fleury avoit fait présent de ce manuscrit à M. Argou, son intime ami, que tel était alors et depuis la première édition, donnée en 1692, le bruit commun du Palais. On sait que le nom de M. Argou n'a paru à la tête de l'*Institution au droit françois* qu'après sa mort. On reconnoît de plus à chaque page la manière, le ton et le style de M. Fleury.... »

« Enfin voici ce que l'on lit page 2 de l'avant-propos : « Tout « le droit des particuliers consiste en deux points, *aux droits qui « appartiennent à chaque particulier, et en la manière de rendre à « chacun ce qui lui appartient, ce que les praticiens appellent le « fond et la forme.... Nous ne parlerons ici que du fond.* »

« Or, voici comment M. Fleury s'exprime à la tête du manuscrit de la *Procédure civile* : « Après avoir expliqué la qualité des per- « sonnes et la nature des choses *et des droits qui leur appar- « tiennent,* il faut dire quelle est la manière de conserver ou *de « rendre à chacun ce qui lui appartient.* »

« Ces circonstances rapprochées forment conviction. La *Procédure civile* manuscrite est donc une suite nécessaire de la partie imprimée : l'une est le fond, l'autre est la forme ; l'une et l'autre portent le même caractère entre elles et avec l'*Institution au droit ecclésiastique,* elles sont donc de la même main, de la main de M. Fleury[1]. »

Dans cette note, M. Daragon avance un fait considérable ; il avait entre les mains un manuscrit de Fleury, qu'il appelle tantôt

[1] Daragon, *Préface au droit public,* p. XI.

la *Procédure civile*, et tantôt la *seconde partie de l'Institution au droit français*, et il en cite les premières lignes. Or, ces premières lignes se trouvent identiquement semblables en tête du second tome de mon manuscrit. C'était une preuve nouvelle et une preuve décisive.

M. Dareste, à qui je communiquai ma bonne fortune, et qui voulut bien s'associer à mes recherches, pensa qu'on pourrait retrouver à la Bibliothèque impériale le manuscrit original que Daragon avait possédé. Il s'assura, en effet, qu'il existe à la Bibliothèque deux cartons qui contiennent divers papiers de Fleury [1], provenant de M. Daragon. Parmi ces papiers est le *manuscrit autographe* des parties VI, VII et VIII de l'*Institution au droit françois*, manuscrit où sont les mentions suivantes qu'il est bon de rapprocher de la note de Fleury citée plus haut.

En tête de la sixième partie, qui commence le manuscrit, on trouve la date : 24 *novembre* 1665, et en marge du chapitre v de cette sixième partie : 7 *octobre* 1666 ; enfin, en marge du chapitre XVII du livre septième, le manuscrit autographe porte : 22 *avril* 1667.

Quant à l'opinion de M. Daragon que l'*Institution au droit françois*, publiée sans nom d'auteur par Argou, n'est que l'ouvrage même de Fleury, elle n'est plus soutenable depuis que nous pouvons comparer les deux écrits. Que Fleury ait communiqué son recueil à son ami Argou, et que celui-ci s'en soit servi, la chose est probable, et même on expliquerait ainsi comment le premier volume du manuscrit original ne s'est pas retrouvé dans la succession de Fleury ; mais il faut reconnaître qu'Argou a travaillé librement, qu'il n'a pas copié servilement Fleury, et que par conséquent c'est à juste raison qu'on a imprimé sous son nom un

[1] Ces cartons, que M. Claude a eu l'obligeance de mettre à notre disposition, sont cotés S. F. (supplément français), 1249.

On y trouve un cahier relié en peau, de 245 pages in-4°, qui répond au second volume de notre manuscrit. Ce cahier, écrit tout entier d'une écriture très-fine et très-nette, bien connue des amis de Fleury, comprend la VI^e^ et VII^e^ partie, *Procédure civile*, et la VIII^e^, *Procédure criminelle*. Il y a une foule de corrections et d'additions marginales qui sont également de la main de l'auteur.

Les autres pièces contenues dans ces cartons sont les notes sur l'histoire universelle, dont parle Daragon, divers fragments sur l'histoire et le droit ecclésiastique, un journal où les biographes pourraient trouver quelques dates intéressantes, et deux dialogues sur la question de savoir si l'on doit citer dans les plaidoyers.

ouvrage, réputé classique dans notre ancienne jurisprudence, et qui, de 1692 à 1787, a eu un très-grand nombre d'éditions.

Une fois sûrs de notre découverte, nous avons eu le désir d'en faire jouir le public. Pour cela il fallait découvrir un éditeur plus ami de la science que soucieux de son intérêt, et qui n'eût pas peur d'imprimer un livre sérieux, qui ne s'adresse qu'à un petit nombre de lecteurs. M. Durand, qu'on trouve toujours prêt en pareille occasion, s'est mis à notre disposition; grâce à lui, voici un nouvel ouvrage de l'infatigable Fleury qui désormais ne périra plus.

En publiant une *Institution au droit français* écrite il y a deux siècles, n'avons-nous pas cédé à une illusion naturelle? La joie de retrouver le manuscrit d'un homme célèbre ne nous a-t-elle pas égaré en nous décidant à imprimer un livre que Fleury avait gardé dans ses papiers? Je ne le pense pas, et si je ne craignais tout ce qui ressemble à un paradoxe, je dirais que cet ouvrage est plus curieux et plus important aujourd'hui qu'il ne l'était au moment de sa rédaction. Le nom de l'auteur et la date du livre, tout se réunit pour donner à cette publication un intérêt particulier.

Parlons d'abord de l'auteur :

« Tout est précieux dans M. Fleury, écrivait, en 1807, le sage abbé Emery. Il est un petit nombre d'auteurs dont la réputation se soutient et va même en croissant. Tel est M. l'abbé Fleury, et tels seront toujours les auteurs qui, écrivant d'ailleurs avec pureté, font dominer le bon sens dans leurs ouvrages, parce qu'on se lasse de tout, excepté du bon sens, et que le *bon sens*, dit le même abbé Fleury, dans son TRAITÉ DES ÉTUDES, *est le maître de la vie*[1]. »

Ce jugement du pieux directeur de Saint-Sulpice paraîtra trop favorable à quelques esprits outrés qui mettraient volontiers Bossuet et Fleury hors du catholicisme, pour les punir d'avoir été fidèles aux maximes de leurs pères; quant à moi je suis convaincu que Fleury, à ne considérer en lui que l'écrivain religieux, retrouvera quelque jour l'estime qu'il mérite, et cela par la raison même qu'indique M. Emery, *parce qu'on se lasse de tout, excepté du bon sens.*

[1] Préface aux *Nouveaux opuscules*, de M. l'abbé Fleury, Paris, 1807, 2e édition, 1818, p. 1, p. 79.

Toutefois, ce n'est pas de l'auteur religieux que je veux parler, mais du jurisconsulte ; car Fleury a été l'un et l'autre. Pour ne parler que de son *Institution au droit ecclésiastique*, ouvrage de sa jeunesse comme celui que nous publions, on sait que jusqu'à la Révolution ce livre faisait autorité dans les matières de droit canonique. C'est un travail excellent ; le sujet a vieilli, l'ouvrage n'a plus qu'un intérêt historique ; mais quiconque a du goût pour cette ancienne législation trouvera dans Fleury le guide le plus sûr. Sous ce langage si simple et si clair, il y a des études considérables ; il n'est pas un mot que l'auteur n'ait pesé et qui n'ait un sens exact et profond.

On sait que Fleury s'était destiné à la jurisprudence et qu'il lui consacra les plus belles années de sa jeunesse. Né à Paris, le 6 décembre 1640, fils d'un avocat au Conseil, originaire de Rouen, il était destiné au barreau. Son goût pour la jurisprudence était si vif, et ses progrès si rapides qu'il fut reçu avocat au Parlement avant d'avoir accompli sa dix-huitième année.

Pendant neuf années, il suivit cette noble carrière et resta fidèle à ses anciennes études, alors même que l'amitié et l'autorité de Bossuet l'eurent décidé à entrer dans les ordres et à se consacrer tout à Dieu.

Dans un charmant opuscule, sa lettre sur M. de Gaumont [1], Fleury, en nous traçant le portrait le plus aimable et le plus vrai de ces vieux conseillers clercs du Parlement de Paris qui, avec une fortune considérable, vivaient dans la solitude de leurs cabinets comme des anachorètes, partageant tout leur temps entre l'Evangile et les Pandectes, Fleury nous raconte comment furent dirigées ses premières études de droit.

« Le père Cossart, jésuite [2], me procura la connoissance de « M. de Gaumont, et je lui fus présenté par mon père qui avoit « l'honneur d'en être connu. Je venois d'être reçu avocat à la « Saint-Martin 1658. Je le consultai sur mes études, et il me « conseilla de m'attacher au droit romain, comme étant le fond « de la science du palais. Il m'exhorta, en général, à lire tou- « jours les textes et les livres originaux ; et, pour la conduite « particulière de mon étude du droit, il me renvoya à M. Van-

[1] *Nouveaux opuscules*, p. 354.

[2] Il avait été le professeur de Fleury au collége de Clermont (aujourd'hui Louis-le-Grand).

« tier, avocat, qui l'avoit étudié à Caen, sous un habile profes-
« seur nommé Hallé.

« De l'avis de M. Vantier, je résolus d'étudier Cujas, parce
« que ses commentaires ne sont composés que des textes du
« droit rapportés l'un à l'autre, pour mettre par ordre les prin-
« cipes et les conséquences, et s'il y ajouté quelque chose, ce
« sont des passages d'orateurs ou d'historiens, pour éclaircir le
« langage des jurisconsultes. Je commençai par extraire le com-
« mentaire de Cujas sur Papinien, et le réduire en définitions et
« en règles.

« Je demandai une fois à M. de Gaumont comment il étoit
« permis de lire Dumoulin, si sévèrement défendu à Rome : il
« me dit qu'il étoit impossible à un homme du palais de s'en
« passer, et m'expliqua ce que c'étoit que ces défenses, et quel
« égard on devoit y avoir en France[1]. »

Dans une pièce de vers latins qui a pour sujet : la Bibliothèque du collége de Clermont, *Bibliotheca Claromontana*, Fleury ou plutôt Claudius Florus, c'est ainsi qu'il se nomme, nous parle de ses études de droit, en décrivant la section de la bibliothèque où sont les jurisconsultes. Voici ces vers qui sont plus fidèles qu'élégants; Fleury était trop exact pour être poëte; Cossart lui-même, le bibliothécaire de Clermont, le grand Cossart, comme l'appelle un élève reconnaissant[2], eût sans doute échoué s'il eût voulu énumérer, dans le langage des Dieux, le Digeste, le Code et le Décret.

Jus etiam civile suum facit agmen, et unum
Partibus e multis corpus. Stant aurea summo
Prudentum responsa loco, quotcumque supersunt

[1] « Nous ne reconnoissons pas la juridiction...de la congrégation de l'Indice des livres défendus... Nous honorons les décrets de cette congrégation, comme des consultations de docteurs graves; mais nous n'y reconnoissons aucune autorité sur la France. Ainsi, nous lisons sans scrupule tous les livres qui ne sont point d'auteurs manifestement notés comme des hérétiques, ou nommément défendus par l'évêque diocésain. » (Fleury, Discours sur les libertés de l'Église gallicane. *Nouveaux opuscules*, p. 142.)

[2] Salve igitur, sapiens custos et sancte magister,
Cossarti. . . . . honesto
Cum domus hospitio primum te Clara recepit,
Ingens excelsis *mens* ædibus addita tunc est.
(*Nouveaux opuscules*, p. 442.)

Digesta in magnos quinquaginta ordine libros :
Tum divis quæ Cæsaribus placuere, sequuntur
Codice multiplici. Simili collecta labore
Illinc Pontificum decreta, hinc sancta piorum
Majorum præcepta, sacras componere leges
Adspicias, et jam civilibus æmula jura.

Hic ego te licet invitus, Papiane, silebo,
Et te, Cujaci : fateor, nonnulla magistros
Laus decuit; sed enim mea postquam tempora vobis
Omnia sacravi, si quando aut lumina vestris
Aut mentem scriptis averto et ad extera flecto
Imprudens studia, id tempus periisse videtur,
Et queror, in vestros licet impendatur honores.
Nunc sinite antiquum properem dissolvere nomen,
Neve moras facite [1].

Cet amour prononcé pour Papinien et Cujas n'est pas une figure de rhétorique ; en lisant l'*Institution au droit français*, on retrouve souvent dans le texte et dans les notes la doctrine et le nom de ces deux grands jurisconsultes. Tous deux avaient été bien réellement les maîtres de Fleury.

C'est entre l'âge de vingt-trois et de vingt-huit ans que Fleury composa ses deux Institutions dont l'une fut aussitôt célèbre, dont l'autre est restée deux siècles dans l'oubli. L'auteur était bien jeune, mais outre que ce fut un esprit toujours mûr, il ne faut pas oublier qu'avocat à dix-huit ans, il avait déjà cinq ans d'études approfondies quand il se mit à cette œuvre, qui devait l'occuper cinq années, et je crois que peu de gens ont eu une attention et une force de travail comparables à celles de Fleury.

Une fois entré dans les ordres, vers 1672, nommé presque

[1] « Le droit civil compte aussi son armée, un seul corps composé de plusieurs divisions. Au plus haut rang sont les précieuses réponses des prudents; ce qui en reste est rangé dans les cinquante grands livres du Digeste. Puis, les édits des Césars contenus dans plus d'un Code. Ici les décrets des pontifes recueillis avec non moins de labeur, là les préceptes de nos pieux ancêtres composent les lois sacrées, lois rivales du droit romain.

« Ici, malgré moi, je ne dirai rien de vous, Papinien ; ni de vous, Cujas ; je l'avouerai, il eût été bien de louer mes maîtres ; mais, depuis que je vous ai consacré tout mon temps, si par hasard je détourne de vos écrits mes yeux ou ma pensée, pour les porter vers d'autres études, il me semble que ce sont des heures perdues, et je me les reproche, alors même que je les emploie à vous honorer.

« Maintenant, permettez-moi de payer une ancienne dette, et ne me retardez pas. » (*Nouveaux opuscules*, p. 422.)

aussitôt précepteur des princes de Conti que Louis XIV faisait élever avec le grand Dauphin, plus tard, sous-précepteur des enfants de France, le duc de Bourgogne, le duc de Berry, Philippe V, Fleury, au milieu des occupations les plus diverses, resta fidèle à son goût pour la jurisprudence. C'est ainsi, par exemple, que nous apprenons par une note de sa main [1] que, de 1667 à 1679, il refit son *Droit public*. L'*Institution au droit ecclésiastique* fut également recommencée, en 1679, à Saint-Germain [2]. Dans les *Avis spirituels* écrits vers 1686, Fleury annonçait un *Traité du droit françois* qui devait paraître en 1687 et qui n'a pas été publié :

Avis spirituels, LV.

« Beaucoup de personnes de condition se ruinent et tombent « sans y penser dans de grandes injustices par l'ignorance où « elles sont de tout ce qui s'appelle affaires. Cette ignorance ne « les rendant pas excusables, et le dessein de s'instruire sur « ces matières n'étant pas aisé à exécuter, parce que les livres « qui en ont traité jusqu'à présent sont fort obscurs et difficiles « à entendre, on a composé un *Traité du droit françois* fort court « et fort clair, qui sera d'une grande utilité et pourra servir à « donner l'intelligence des choses qui sont les plus importantes « et qui reviennent le plus souvent dans le commerce ordinaire « de la société civile. Il faut le lire une première fois avec quel- « que personne capable d'expliquer les endroits qu'on n'enten- « droit pas suffisamment. Il sera imprimé dans peu [3]. »

Dans ces mêmes *Avis spirituels*, en recommandant la lecture de son ouvrage fort court et tout de pratique sur les *Devoirs des maîtres envers leurs domestiques et des domestiques envers leurs maîtres*, Fleury ajoutait : « Peut-être qu'un jour il sera suivi « d'une nouvelle *Instruction pour les juges* sur les obligations « de leur état [4]. » Cette instruction a-t-elle été jamais rédigée? C'est ce que nous ignorons.

[1] V. *suprà*, p. 228.

[2] Daragon, *Préface au droit public*, p. XIV.

[3] *Nouveaux opuscules*, p. 402. L'éditeur ajoute en note : « M. Fleury avait d'abord écrit : « *Il sera imprimé dans les commencements de l'année* 1687. » Voilà encore un ouvrage inédit et perdu de l'abbé Fleury, que je signale aux chercheurs de manuscrits, à moins que ce *Traité du droit françois* ne soit le livre même que nous publions.

[4] Avis LIII, *Nouveaux opuscules*, p. 400.

N'oublions pas l'*Histoire du droit françois* publiée sans nom d'auteur en 1674, réimprimée en 1682, et, depuis 1692, attachée comme préface à l'*Institution au droit françois* d'Argou. C'est un petit livre excellent, plein de séve et qu'on peut encore lire avec grand profit. Aussi l'avons-nous réimprimé dans notre édition comme une introduction naturelle à l'exposé du droit français. Nous avons suivi le texte de 1682 qui est le plus pur ; au moins nous a-t-il paru que les éditeurs d'Argou ne s'étaient fait faute d'encombrer la leçon originale d'additions qui ne sont pas toujours heureuses. On n'y reconnaît ni la netteté ni la justesse de Fleury.

Fleury a donc été toute sa vie un jurisconsulte, et j'ajoute un jurisconsulte éminent. Si ses études et sa vie l'ont éloigné de la pratique, il n'en a pas moins suivi tous les progrès de la jurisprudence, qu'il considérait comme une étude de premier ordre et du plus haut intérêt. On peut voir dans son *Traité des Etudes*, écrit de 1675 à 1686, l'importance qu'il donne à la science du droit[1] ; il en fait une part de toute bonne éducation, et il veut qu'on commence à s'y appliquer vers treize ou quatorze ans ; c'était l'âge où finissaient les études littéraires. Suivant lui, il vaudrait mieux occuper l'esprit des jeunes gens en leur enseignant le droit, qu'en leur apprenant une philosophie scolastique, pour laquelle il a peu d'estime.

« Cette étude du droit, dit-il, ne serviroit pas seulement à « rendre les jeunes gens capables d'affaires, elle contribueroit, « plus qu'aucune autre, à leur rendre l'esprit solide et à leur « former le jugement, puisqu'elle ne consisteroit qu'à leur faire « connoître la vérité des choses les plus proportionnées à la con- « noissance des hommes.

« Or, il me semble que dans les études on devroit chercher « principalement la solidité et la droiture du jugement ; *il n'y a « que trop de bel esprit dans le monde ; mais il n'y aura jamais « assez de bon sens.* »

Dans l'éducation des enfants de France, Fleury fut fidèle à cette vue si juste ; on trouve dans les deux volumes de Daragon des instructions, rédigées pour le duc de Bourgogne, qui toutes

[1] *Traité des études*, partie II, ch. XI. *Economique*, ch. XII. *Jurisprudence*, ch. XIII. *Politique*.

ont le droit et la politique pour objet ; par exemple, un *Extrait de la République de Platon*, dont Fleury admirait beaucoup l'idée fondamentale, une *Lettre sur la justice*, des *Réflexions sur Machiavel*, etc. Partout et toujours, Fleury fait preuve d'une élévation d'esprit et d'une connaissance des principes qui feraient honneur à nos plus célèbres jurisconsultes.

Mais je ne sais rien de plus remarquable qu'une pièce intitulée : *Avis à Louis, duc de Bourgogne, puis Dauphin*[1]. Ce sont des notes concises, qui contiennent tout un plan de gouvernement. Eglise, justice, police, commerce, etc., tout est examiné par Fleury ; il indique en quelques mots les réformes nécessaires avec une netteté et une hardiesse remarquables. Fleury n'a jamais été appelé aux affaires ; on ne peut savoir si, dans la pratique, il ne se fût pas arrêté devant le privilége et le préjugé, comme fit d'Aguesseau ; mais, si l'on veut comparer les projets de l'un et de l'autre et ne considérer que les idées de ces deux grands hommes, on verra, je ne crains pas de l'affirmer, que le sous-précepteur des princes était un esprit plus solide et plus politique que ne le fut jamais l'honnête et timide chancelier.

Je regrette de ne pouvoir copier tout au long les idées de Fleury sur l'Eglise, c'est-à-dire sur les rapports de l'Eglise et de l'Etat, de la royauté et de Rome ; mais voici quelques-unes de ses vues sur la réformation de la justice, on verra qu'à la veille de 1789 l'opinion n'allait pas encore aussi loin que le précepteur et le conseiller du duc de Bourgogne.

JUSTICE.

« *Conseils pour la réformation de la justice :* chancelier, pre-
« mier président et procureur général de Paris, conseillers d'Etat
« et *députés des provinces.*

« Connoître les premiers présidents des Parlements et autres
« compagnies souveraines, et les procureurs généraux, leurs
« mœurs, leurs capacités ; *ôter vénalité de ces charges.*

« Diminuer le nombre, non-seulement des juges et autres of-
« ficiers de justice, *mais des tribunaux*, sans quoi impossible de
« retrancher la chicane...

« Supprimer principalement les petites justices des bourgs et

[1] Daragon, *Droit public*, tome Ier, p. 140.

« villages, pour lesquelles impossible de trouver bons officiers : « paysans, plaideurs.

« *Retrancher les degrés de jurisdiction et, en général, les appella-* « *tions autant que se pourra ;* les justices inutiles, particulières, « seigneuriales, qui sont plus onéreuses qu'utiles.

« *Supprimer les tribunaux de privilégiés,* attribution au Châ- « telet de Paris et autres présidiaux.

« *Pourvoir aux frais des procès criminels* où il n'y a partie ci- « vile, faute de quoi crimes impunis.

« *Réformer notre procédure criminelle, tirée de celle de l'Inqui-* « *sition : elle tend plus à découvrir et à punir les coupables qu'à* « *justifier les innocents.* »

Voilà un jugement digne de Montesquieu, et dont aujourd'hui même il serait bon de peser les termes; notre procédure est devenue plus humaine, mais elle n'a pas entièrement perdu son premier caractère, et on peut trouver encore aujourd'hui qu'à la différence de la procédure anglaise, elle s'occupe trop peu de justifier les innocents.

Il semble aussi que Fleury voulut diminuer la prison préventive dans la maxime qui suit :

« Distinguer la qualité des personnes : connus, riches, établis, « d'avec pauvres, vagabonds, gens sans aveu, pour la poursuite.

« *Punir les grands crimes en toutes personnes sans exception.*

« *Rendre la procédure civile plus sérieuse;* tout presque fiction : « *retrancher écritures et rapports secrets. Audiences publiques.*

« Point de Commissions extraordinaires, renvoyer tout aux « juges ordinaires.

« Prévenir les crimes; persuader à la noblesse, par discours « et autres voies, comme punitions sévères, qu'elle doit obéir « aux juges et à tous officiers de justice.

« Remédier aux abus, non en détail par petits règlemens, « mais en remontant à la source.

« *Prêter main-forte à la justice*, et ne jamais souffrir qu'elle « soit méprisée. »

Ex ungue leonem. Je crois que ces quelques lignes en disent assez sur les mérites de Fleury, considéré comme jurisconsulte; je défie qu'au dix-septième siècle on me montre parmi les magistrats un esprit plus sain et plus résolu.

Si j'ai pu remettre cette noble figure dans son vrai jour, on

sentira que rien de ce que Fleury a écrit ne peut nous être indifférent ; on répétera, avec l'abbé Emery, qu'en Fleury tout est précieux.

La lecture de l'*Institution au droit françois* ne fera que confirmer cette opinion favorable ; il est difficile d'expliquer plus clairement les principes de notre ancien droit. La phrase est quelquefois longue et embarrassée par la richesse même des idées qui s'y entassent ; on pourrait désirer qu'elle fût plus souvent coupée, mais on n'y trouvera rien d'inutile. La forme est parfois négligée, le fond est toujours excellent.

L'idée même du livre ne pouvait venir qu'à un esprit supérieur. Exposer le droit privé, bien d'autres que Fleury l'ont fait ; mais donner de notre droit un tableau complet, en commençant par le droit public, en finissant par la procédure civile et le droit criminel, c'est ce que n'essayaient plus les contemporains de Fleury. La grande école du seizième siècle avait fini avec Loiseau et Pasquier, l'école nouvelle se renfermait comme Argou dans le droit civil, laissait la procédure aux praticiens et surtout se gardait bien de toucher au droit public. C'est une étude qui n'était plus de mise sous le grand roi.

Ce n'est pas toutefois que je veuille ériger le modeste et savant Fleury en politique ardent ; je crois, au contraire, que la date de son livre est pour beaucoup dans la place qu'il garde encore au droit public ; je crois aussi que s'il n'abandonna jamais cette étude, c'est qu'il fut sous-précepteur des enfants de France, et qu'il pensait avec raison que « ceux qui par leur naissance sont « destinés à de grands emplois ont besoin de quelque instruction « plus étendue que les simples particuliers. Leur jurisprudence « doit embrasser le droit public, leur morale doit s'étendre jus- « qu'à la politique [1]. » Mais quels que soient les motifs qui l'aient décidé, il n'en est pas moins vrai qu'à la date de son livre on n'a rien fait d'aussi complet, d'aussi exact et d'aussi précis sur notre droit français.

Que nous reste-t-il, en effet, de cette époque ? Quel nom marque dans notre jurisprudence entre les derniers grands hommes du seizième siècle, et ceux qui, comme d'Aguesseau et Pothier, appartiennent au dix-huitième ? Je ne vois qu'un grand

[1] *Traité des études*, ch. XIII. *Politique*.

nom, c'est Domat; en lui Port-Royal a son jurisconsulte, comme en Pascal elle a son philosophe. Mais Domat est en dehors de la pratique. C'est la justice absolue qu'il cherche dans les lois romaines ou, pour mieux dire, il plie le Digeste à la morale de l'Evangile. Domat a souvent inspiré et guidé Pothier dans ses recherches sur les obligations du for intérieur, mais la place de l'ami de Pascal est plus près des philosophes que des jurisconsultes, ce n'est pas dans son beau livre qu'on apprendra le droit français.

Si nous écartons Domat, et si nous laissons dans leurs provinces quelques bons commentateurs de coutumes, Hévin, Basnage, Brodeau, La Thaumassière, que pouvons-nous comparer à l'*Institution au droit françois* de Guy Coquille, aux *Institutes coutumières* de Loisel, à l'*Interprétation des Institutes de Justinian* du vénérable Pasquier? Rien. Le dix-septième siècle, si riche en littérateurs, est pauvre en jurisconsultes. Il n'y a plus ces agitations politiques qui font remuer toutes les questions et mûrir tous les esprits. Le fameux jurisconsulte de l'époque, c'est Claude Colombet, pour qui Fleury avait une estime toute particulière, et qu'il considérait comme le plus savant conseiller du Parlement, après M. de Gaumont[1]; mais l'*Abrégé de la jurisprudence romaine avec son rapport à ce qui est de notre usage* [2] est un livre peu lisible, et plus rempli de droit romain que de droit français. Les deux seuls ouvrages de ce temps qu'on peut recommander aux amateurs de notre ancienne jurisprudence, ce sont les premières éditions de l'*Institution au droit françois*, écrite par Argou [3], et l'*Institution au droit romain et au droit françois, divisée en quatre livres par un auteur anonyme, avec des remarques pour l'intelligence de l'ouvrage par* FRANÇOIS DE LAUNAY, *avocat en Parlement et professeur royal de droit françois*. Paris, 1686, in-4°. Ce livre, dont l'auteur est inconnu [4], eut assez de célébrité, non-seulement, pour qu'on en fît de nombreu-

[1] *Nouveaux opuscules*, p. 348 et 354.

[2] Paris, 1663, 1671, in-4°.

[3] Depuis 1746, les éditions ont été rajeunies et mises au courant de la jurisprudence, notamment celles qui ont été données par Boucher d'Argis.

[4] Simon dit que ce livre est du nommé Forest, et que d'autres y avaient depuis travaillé. *Bibliothèque historique des auteurs de droit*, Paris, 1695; t. II, p. 4, art. JEAN BOSCAGER.

ses copies, mais pour qu'on le renvoyât, de l'ordre du roi, à de Launay, qui déclara « que le livre serait d'un très-grand secours au public et entre autres à ceux qui s'appliquent à l'étude de la jurisprudence romaine et française[1]. » C'est une comparaison méthodique des deux législations romaine et française, et un exposé assez complet de notre ancien droit.

Mais ni Argou ni l'anonyme ne peuvent être mis en comparaison avec Fleury ; aucun d'eux n'a traité le droit public ; Argou n'a touché ni la procédure civile, ni la procédure criminelle, quant à l'anonyme il n'y consacre que trente pages. De ce côté Fleury est donc notre seule ressource ; mais en outre, alors même qu'on ne s'inquiéterait que du droit civil, Fleury est bien supérieur à ses rivaux, parce qu'il a choisi un champ mieux limité. L'anonyme entasse sans beaucoup de choix la Bible, les Pères, le droit romain et le droit français; Argou, qui a voulu faire entrer dans son livre les usages des pays de droit écrit, embarrasse le lecteur dans des distinctions perpétuelles; Fleury, au contraire, en se tenant à la jurisprudence du parlement de Paris, nous donne le type le plus parfait de notre ancien droit coutumier. Pour qui ne veut pas s'arrêter à Pothier, c'est là peut-être qu'il est le plus facile d'étudier les origines du Code civil. L'*Institution au droit françois* est donc un livre qu'on peut présenter avec confiance à tous ceux qu'intéresse l'histoire de notre droit. Il comble une lacune fâcheuse, il nous donne le tableau complet de notre jurisprudence à une époque de transition. C'est un pont jeté entre les ordonnances du seizième siècle et les réformes de Louis XIV. Voilà ce qui donne un prix particulier au livre de Fleury. Quand l'auteur l'a écrit, c'était un abrégé de droit civil, aujourd'hui c'est pour nous l'histoire du droit français dans la première moitié du dix-septième siècle.

J'insiste sur ce point. La procédure civile et criminelle que Fleury nous présente, ce n'est pas celle de Louis XIV ; Fleury a écrit à la veille des ordonnances de 1667 et de 1670 ; c'est l'ancien droit, la législation du seizième siècle qu'il nous explique ; dans son traité, nous voyons l'ancienne procédure en action. Dès lors, il nous sert à comprendre ce que fit Louis XIV. Le changement fut-il aussi considérable qu'on le répète communément? Non,

[1] Ce sont les paroles du privilége.

les grands législateurs ne font, en général, qu'élaguer les institutions mortes, mais ils ne touchent guère à ce qui existe, et rien n'est plus vivace que la procédure. On en a fait l'épreuve en 1806 et en 1808 aussi bien qu'en 1667 et en 1670.

Qu'il fût sage d'en agir de la sorte, je suis loin de le nier ; tout ce que je demande, c'est qu'on ne place pas trop haut ce qui ne fut qu'une réforme ordinaire. Je ne parle, bien entendu, que de Louis XIV. Qu'on rapproche de l'ordonnance de 1667 ce que Fleury écrivait en 1666 sur la procédure de son temps, on verra que Pussort et ses amis n'avaient pas *accourci* de bien près les griffes de la chicane, et que Boileau avait tort de s'étonner si ces griffes :

> Se rallongent déjà, toujours d'encre noircies.

« *Retrancher écritures et rapports secrets; Audiences publiques*, » dit Fleury dans sa note au duc de Bourgogne ; cette réforme-là eût valu toute l'ordonnance de 1667.

Quant à la loi criminelle, elle ne fut guère moins barbare après l'ordonnance de 1670; il faut aller jusqu'à 1789 pour voir poindre enfin l'idée d'humanité. Chose bizarre, à la façon dont Fleury parle de la torture, il semble que l'éducation et l'habitude aient émoussé chez lui la pitié ; si sa Note au duc de Bourgogne ne nous révélait pas ce qu'il pensait de la législation cruelle de son temps, nous serions tentés de le confondre avec les durs criminalistes, ses contemporains ; en ce point encore, Fleury fait exception. Il faut le dire, quelque triste que soit l'aveu, si la torture et le secret furent chassés de nos lois, l'honneur en appartient non point aux magistrats, non point aux jurisconsultes qui auraient dû prendre l'initiative, mais à de simples philosophes, à des ignorants fort dédaignés de nos praticiens, car ils ne connaissaient ni Clarus, ni Farinacci, et ne savaient qu'insulter à ces vénérables faces d'inquisiteurs, en jetant le cri de justice et d'humanité.

J'en ai dit assez, je l'espère, pour montrer au lecteur que nous ne lui faisons pas un présent ordinaire ; il me reste à remercier mon collaborateur et ami M. Dareste, qui a bien voulu prendre sur lui presque toutes les fatigues et tous les ennuis du métier d'éditeur. C'est lui qui a collationné le manuscrit original, vérifié les citations (ce qui n'a pas toujours été facile), et restitué

le texte en quelques passages incomplets. Unis tous deux par un commun respect pour Fleury, par un commun amour pour notre ancienne jurisprudence, nous avons pris plaisir à restituer un monument perdu, à restaurer le portrait effacé d'une figure connue et aimée de nos pères. Il y a dans cette œuvre, d'apparence pénible, un charme secret, où l'amour-propre trouve son compte. Se rendre célèbre par un ouvrage original, c'est la gloire et la jouissance la plus élevée; mais, pour qui n'ose pas avoir tant d'ambition, il est doux d'attacher son nom à celui d'un homme illustre, et de passer ainsi à la postérité sous le couvert d'une renommée qu'on a servi. Et s'il est un nom de jurisconsulte qui doive durer et garder le nôtre sous son ombre, asssurément c'est celui de l'honnête et judicieux Fleury.

Paris, 10 juillet 1858.

EDOUARD LABOULAYE.

JEAN DES MARES,

AVOCAT GÉNÉRAL AU PARLEMENT DE PARIS

AU QUATORZIÈME SIÈCLE.

NOTICE BIOGRAPHIQUE.

Le personnage dont je me propose d'entretenir les amis de nos gloires judiciaires présente à la critique historique un phénomène assez rare et qui mérite d'être noté. Jean Des Mares, jurisconsulte en renom, conseiller et avocat général au Parlement de Paris, a péri sur l'échafaud, comme ayant pris part à des troubles politiques; et, néanmoins, depuis le moment où sa tête a été tranchée par la main du bourreau, sous le régime même de la royauté qui l'a condamné, on ne rencontre que des écrivains qui le louent ou qui le plaignent; son nom a traversé les âges, entouré du respect de l'histoire; toutes les opinions, tous les partis l'ont prononcé sans songer à le flétrir. D'où vient cela? Ne faut-il pas, pour qu'un homme ait obtenu une telle bienveillance, qu'une bien grande idée d'honneur et de vertu se soit attachée à sa mémoire?

A ce point de vue, la biographie de Jean Des Mares offre un véritable intérêt. Je ne crois pas que jusqu'à ce jour les écrivains qui l'ont esquissée se soient servis de tous les documents qui peuvent être réunis sur la matière. Je vais tenter de mettre de mon mieux ces documents en œuvre et d'en tirer tout le parti possible pour apprécier les actes et le caractère de Jean Des Mares[1].

On ne possède aucune indication qui permette de fixer la date de la naissance de Jean Des Mares; quelques rapprochements

[1] J'adopte l'orthographe *Des Mares* : c'est celle de presque tous les anciens documents. Je pense néanmoins que la véritable prononciation du nom ne pourrait être rendue que par l'orthographe actuelle *Maretz*, *Marais* ou *Marès*.

donnent lieu seulement de penser que cette date est voisine de l'année 1310 [1]. Il y a tout lieu de croire qu'il était originaire de la ville de Provins, en Brie [2], et quelques détails sur sa famille sont parvenus jusqu'à nous. Ses ascendants occupaient à la ville haute de Provins, dans la rue *du Palais*, au pied de la grosse tour aux prisonniers, un hôtel qui conserve encore aujourd'hui de grandes salles en pierre, et dont les voûtes, retombant sur des chapiteaux à feuillages, annoncent une ancienne splendeur [3]. Le père de Jean, Thomas Des Mares, avocat, fut membre du Conseil de la ville et maire pendant les années 1325, 1330, 1331 [4]. Il eut en cette qualité une lutte à soutenir contre le prévôt, qui s'était approprié certains droits appartenant à la commune ; on a une sentence du bailli de Troyes, du 8 février 1330 (1331 nouv. st.), par laquelle Thomas Des Mares, maire, et les échevins sont mis en possession des mesures à charbon, et, par conséquent, des avantages pécuniaires qu'elles faisaient naître [5].

Les documents du quatorzième siècle font aussi mention d'un

[1] Le religieux anonyme de Saint-Denis (édit. Bellaguet, t. I, p. 244) dit qu'au moment de sa mort, c'est-à-dire en 1383, il avait passé quatorze lustres. — Le même écrivain, parlant de lui et de Pierre de Villiers, sous l'année 1382, les qualifie de *viri provectæ ætatis* (*Id.*, *ibid.*, p. 129). — L'histoire le montre ayant servi, avant Charles V et Charles VI, les rois Jean le Bon et Philippe de Valois. — Enfin, dans un acte de vente, grossoyé en 1329 et authentiqué en 1374, on voit qu'il était marié à la première de ces dates (copie de la main du chanoine Billate dans les papiers de M. le docteur Max. Michelin, à Provins).

[2] M. Christ. Opoix, dans une notice sur Jean Desmaretz (*Supplément à l'histoire de Provins*, p. 1), dit formellement qu'il naquit à Provins.

[3] *Domos sitas in castro de Pruvino, prope turrim pruvinensem, contiguas ex una parte per de retro hæreditagio magistri Thomæ des Mares et a parte anteriori pavimento regis* (accord de l'an 1355 entre le couvent des Cordeliers et le chapitre de Saint-Quiriace, dans le recueil manusc. de M. Ythier, *Supplément à l'abbaye de Jouy*, p. 259).

[4] Cartul. de la ville de Provins, fol. 202 *bis*. — Un acte conservé dans le même registre, et intitulé : « C'est li atiremanz qui furent faiz en eschevinage, » on lit : « L'an 1330, le ... huitième jour de février, furent Thomas Des Mares, maires, et li eschevin de la commune de Provins en eschevinage. » — Thomas Des Mares figure comme arbitre dans un acte de 1335 (Biblioth. imp., suppl. franç., 5023, fol. 125 et 127). — Une charte de Philippe de Valois (1344), au sujet d'une prise d'eau de l'Hôtel-Dieu de Provins, dans le clos des Cordelières, est adressée au prieur de Saint-Ayoul, à Me Thomas Des Mares, et à d'autres personnages.

[5] Cartul. de la ville de Provins, fol. 197 v°.

Pierre Des Mares, qui fut, en 1326 et 1327, conseiller de la ville de Provins[1], et qui, si on en juge par une mention contenue dans le registre municipal, paraît avoir été un personnage considérable[2]; d'un Guillaume Des Mares, quartenier et conseiller de la même ville, durant les années 1358, 1367, 1368 et 1369[3]; d'un Jean Des Mares, chanoine et chantre de Saint-Quiriace de Provins, en 1387, et qui mourut en 1404[4], etc.

La première période de la vie de Jean Des Mares nous est peu connue. Il fut marié dès l'âge de vingt ans à une femme dont on ne sait que le nom de Guillaume ou Guillemette, et qui mourut le 24 novembre 1379[5]. Engagé, comme son père, dans la carrière du barreau, docteur en lois et en décrets[6], il se distingua de bonne heure par son éloquence, sa sagacité et l'étendue de son savoir[7]; après un long exercice de la profession d'avocat au Parlement de Paris[8], ses talents lui ouvrirent les portes de la

[1] Cartul. de la ville de Provins, fol. 178 v°, et 202 r°.

[2] *Ibid.*, fol. 201 v°.

[3] Compte de travaux, manuscrit appartenant à M. le docteur Max. Michelin.

[4] Recueil manuscrit de M. Ythier, à la bibliothèque de Provins. — Dans un ancien tableau représentant la famille des Ursins, qui se trouve aujourd'hui au Musée du Louvre, on voit figurer le portrait d'Eudes Juvénal des Ursins, femme de Denys Des Marais (1383).

[5] Acte cité plus haut de 1320-1374. — Dubreuil, *Antiquités de Paris*, p. 884.

[6] Il est qualifié *docteur en lois et en decrets* dans un acte de Pierre de Villiers, seigneur de l'Ile-Adam, en date du 26 février 1378. (Archiv. de l'emp., k. 179, 24, 4, n° 126.)

[7] *Disertissimo oratori.* (Rel. anonyme de Saint-Denys, t. I, p. 9.) — *Tulliana facundia.* (*Id., ibid.*, p. 42.) — *Cujus eloquentia capti.* (*Id., ibid.*, p. 141.) — « Bien notable clerc et de bien grand prudence. » (Juvénal des Ursins, édit. Michaud et Poujoulat, p. 340.) — « Qui estoit un bien notable homme. » (*Id., ibid.*, p. 357.) — « Qui estoit tenuz et renommez à saige et notable homme..., homme de grant prudence et de bon conseil. » (Chron. de Froissart, manuscrit de la Biblioth. imp., n° 8327, fol. 197 v°.) — « Grand et sage homme, fort et autorisé. » (Nicole Gilles, *Chroniques et annales de France*, éd. de 1572, fol. 276 et 287.) — *Doctrina et facundia spectatus.* (Rob. Gaguin, *Rerum gallicarum annales*, lib. IX, p. 164.) — *Advocatus magnæ auctoritatis.* (Papire Masson, *Annal.*, l. IV, p. 464.) etc., etc.

[8] Il figure comme avocat au Parlement de Paris, dans l'article 84 des coutumes notoires du Châtelet. (Brodeau, *Coustumes de la prévosté et de la vicomté de Paris*, t. II, p. 540.) — Il est encore qualifié d'*avocat au Parlement* sur une tombe faite en l'an 1366, et qui a été citée par Brodeau (*Id., ibid.*, p. 525).

magistrature. D'après le témoignage de Juvénal des Ursins, il était *en grande autorité*, pendant le règne de Charles V, et ce prince *croyoit fort son conseil* [1]. Froissart le représente servant avec honneur les rois Philippe de Valois, Jean le Bon et Charles le Sage [2]. En 1359, un citoyen nommé Jean Des Maretz fut prévôt des marchands de Paris. Est-ce le nôtre? Tout concourt à le faire croire. Ce qui est certain, c'est qu'en 1359, lorsque le régent Charles consulta les Parisiens sur la paix faite par le roi son père avec Charles le Mauvais, roi de Navarre, il fut chargé de porter la parole en leur nom. Dans sa harangue, il demanda, dit-on, l'expulsion de Robert Le Coq, Michel Tasse, chancelier de l'église de Noyon, Jean de Saint-Ade, Pierre de La Court, Vincent le Naurechier, Pierre des Barres et des autres chefs de la révolte contre le dauphin [3].

Jean Des Mares était-il à cette époque conseiller et avocat général au Parlement de Paris? Je ne le pense pas [4]. Les premières mentions authentiques de ces titres apparaissent en 1369, dans une quittance donnée par Jean Des Mares d'une partie de la pension qu'il recevait du roi de Navarre [5] (20 février 1368), et, en 1370, dans un acte où il intervient comme conseil de l'évêque de Paris [6] (septembre 1370). Mais, quelle que fût au juste sa situation, on peut affirmer que, dès la fin du règne du roi Jean, il jouissait à la cour d'une haute considération et qu'il avait une grande influence dans le maniement des affaires. En 1360, on le voit désigné par Charles V pour être l'un des commissaires chargés de conclure et de signer le fameux traité de Brétigny [7]. En 1359, il use de son crédit en faveur de sa ville natale. Les chanoines de Notre-Dame du Val de Provins avaient vu détruire, par l'ordre du régent, leur église et leurs logements situés hors des murailles

[1] P. 357.

[2] Manuscrit de la Biblioth. imp., n° 8327, fol. 197 v°.

[3] Chron. de Saint-Denys : Charles V, ch. xv. — Voy. aussi la Biblioth. de l'Ecole des chartes, t. II, p. 362.

[4] L'inscription tumulaire indiquée plus haut prouve qu'il était encore avocat en 1366.

[5] Biblioth. imp., cabinet des titres, au mot DESMARES, original en parchemin, avec les restes d'un cachet de cire rouge.

[6] Archiv. de l'emp., sect. x, pièce sans cote, avec deux cachets frustes de Jean Des Mares et de Jean Aucher, avocat au Parlement de Paris.

[7] Chron. de Saint-Denys : Charles V, ch. CXXII.

et qui avaient été jugés dangereux pour la sûreté de la ville [1]; ils eurent recours à Jean Des Mares, et, grâce à ses démarches, *provida et diligenti procuratione* [2], ils obtinrent qu'on leur abandonnât, pour y construire une nouvelle église et un nouveau cloître, l'hôtel des Osches, où se tenaient les officiers des foires de Champagne et où le poids de Provins était gardé.

La part notable prise par Jean Des Mares au gouvernement pendant le règne de Charles V est attestée par une lettre qu'il écrivit, conjointement avec Pierre de Villiers, évêque de Nevers et confesseur du roi, à la date du 12 octobre 1373 [3]. Cette lettre s'est conservée sans son adresse; elle paraît destinée à des commissaires de guerre ou de finance, délégués par le roi à Troyes. Les habitants de cette ville, ayant reçu l'ordre d'envoyer un certain nombre d'arbalétriers à l'armée royale, avaient réclamé, en alléguant les fournitures considérables auxquelles ils avaient été précédemment obligés, et les grandes pertes dont la guerre avait été pour eux l'occasion. Jean Des Mares et Pierre de Villiers annoncent aux commissaires chargés de la levée des gens de guerre, que le roi a décidé que la ville de Troyes serait dispensée de la fourniture des arbalétriers, et qu'il leur ordonne de ne pas imposer cette fourniture aux habitants, nonobstant mandement contraire.

Dans une autre missive du 16 mars (avant 1378) [4], Jean Des Mares recommande *à ses chers seigneurs et grands amis les bourgeois et habitans de la bonne ville de Troyes*, de payer à madame la reine (Jeanne de Bourbon) une somme de 300 réaux qu'ils ont promise, en insistant sur les avantages que leur diligence peut leur procurer, et en ajoutant que les 100 réaux restant dus seront acquittés par le clergé [5].

[1] Ythier, *Hist. eccles. de Provins*, manuscrit à la Biblioth. de la ville, t. II, p. 135.

[2] On trouve dans le recueil de M. Ythier, t. II, p. 178, un acte capitulaire par lequel les chanoines de Notre-Dame du Val ordonnent des prières et des distributions d'argent à certains jours, en reconnaissance des services rendus au chapitre par Jean Des Mares, *ad perpetuam beneficiorum et injustitiæ reminiscentiam.*

[3] *Voyage archéologique dans le département de l'Aube*, par M. d'Arbois de Jubainville, p. 151.

[4] Jeanne de Bourbon mourut en février 1377 (1378, nouv. st.).

[5] *Voyage archéologique dans le département de l'Aube*, p. 152.

Tels sont les traits de la vie de Jean Des Mares que j'ai pu recueillir pour les époques antérieures au règne de Charles VI. Ils font connaître le rôle politique joué par ce personnage ; ils témoignent de la confiance qu'il inspirait au monarque. La mission qu'on l'a vu remplir, lors de la conclusion de la paix avec le roi de Navarre, prouve qu'il possédait également la confiance de la bourgeoisie parisienne ; son influence sur le peuple ne fit que s'accroître, et l'on verra, par la suite de ce récit, la cour se servir plus d'une fois de l'autorité de sa parole et de son crédit pour calmer l'émeute. Il jouissait des priviléges de la noblesse, soit qu'il eût obtenu des lettres d'anoblissement, soit qu'il se fût trouvé anobli par les fonctions qu'il avait remplies [1]. Le jurisconsulte Brodeau, dans la préface qu'il a mise en tête des Coutumes notoires et des Décisions de Jean Des Mares, dit que, dans un registre de la Chambre des comptes de 1361, il est parlé de l'anoblissement de *Johannes de Marisiis*, et de plusieurs dons à lui faits par le roi. Dans un acte de 1329-1374, il est qualifié de *noble homme monseigneur Jehan Des Mares* [2].

Il était riche, et sa profession d'avocat avait été pour lui fort lucrative ; on sait qu'entre autres possessions il avait un hôtel à Paris dans la rue de Jouy [3], un hôtel à Provins dans la rue de Changis [4], etc. Diverses pensions et traitements ajoutaient aux produits de sa fortune patrimoniale. J'ai parlé de la pension qu'il recevait du roi de Navarre ; il avait aussi une pension de la ville de Paris, et une quittance donnée conjointement par Jean Des

[1] *Coustumes de la prév. et de la vic. de Paris*, t. II, p. 523.

[2] Copie dans les papiers de M. le docteur Michelin.

[3] Dans un marché conclu le 28 octobre 1382, entre le chapitre de la cathédrale de Troyes et des entrepreneurs de maçonnerie, au sujet d'un jubé à faire dans la cathédrale, il est dit que Henri Soudan, un des entrepreneurs, demeure à Paris, en la rue de Joy, devant l'ostel au gros Thomas, près de l'ostel messire Jehan des Maretz. (*Mém. de la Société des antiq. de France*, t. XIX, p. 70, article de M. Quicherat.)

[4] Acquisition par noble Mgr Jehan Des Mares, et Mme Guillaume, sa femme, d'un muid de blé de rente, rendu *en son hostel, seant à Provins, en la rue de Changy*, etc. L'acte, grossoyé en 1329, fut mis en forme authentique, devant le garde de la prévôté de Paris, le 5 décembre 1374. (Copie appartenant à M. le docteur Michelin.) — Juvénal des Ursins raconte que Jean Rolland, évêque d'Amiens, redoutant la colère de Charles VI, se retira à Doué, *en une place qui estoit à messire Jehan Des Mares*. (P. 351, édit. Michaud et Poujoulat.)

Mares, avocat du roi, trois avocats et un procureur au Parlement, prouvé qu'elle se montait *pour chaque Parlement* à dix livres parisis (1381, 13 novembre)[1].

Un contemporain, magistrat et poëte, Eustache Deschamps, dans une pièce de vers intitulée : *Lettres sur l'estat d'avocation, envoyées à messires Jehan des Maires*[2], *à Me Jehan d'Ay, et à Me Symon de La Fontaine*[3], *advocas en Parlement*[4], nous a laissé piquant tableau des mœurs de l'époque et de la condition du un personnage qui fait le sujet de cette notice. Dans cette pièce, malheureusement sans date, l'auteur reproche plaisamment aux trois avocats de n'avoir pas assisté aux grands jours de Crépy en Valois, par crainte d'une épidémie qui régnait en cette ville. Il décrit en badinant, mais peut-être avec une pointe de jalousie personnelle, leur luxe et la douceur de leur vie :

> Vous fuiez (dit-il) corrupcion d'air
> Et vous fourrez de menu vair
> Chaudement quant le temps est frois ;
> Vous buvez de clers vins tous trois,
> Et viandes délicieuses
> Usez en eschuant visqueuses.

Il ajoute que Des Mares, d'Ay et Lafontaine, jouissant du bien-être que donne l'argent et des priviléges de la noblesse, ont de belles et saines maisons, assises dans les lieux les plus favorables, des jardins pleins de fruits, les meilleures places à Notre-Dame et au palais, des chevaux doux à monter, des lits et des vêtements parfumés, un chapelain à leurs ordres. Chacun s'efforce de leur être agréable, chacun leur fait bon accueil :

> Et s'il est rien de bon qu'on vende,
> Puis que vous trois aiez désir,

[1] Biblioth. imp., cabinet des titres, au mot DESMARES, original en parchemin avec cinq cachets de cire rouge.

[2] D'après Miraulmont (*De l'origine et establissement du Parlement*, Paris, 1612, in-8), p. 224, Jean d'Ay, appelé aussi Renault d'Ay et Pierre d'Acy, fut reçu avocat du roi au Parlement, le 13 mai 1375.

[3] Il existe une quittance de 10 livres de pension, payées par le receveur de Paris à Me Simon de La Fontaine, *advocat en Parlement et conseiller du roy nostre Sire à juger les procès de son Chastelet de Paris*, 7 novembre 1377. (Biblioth. imp., cabinet des titres, au mot LAFONTAINE.)

[4] *Poésies* d'Eust. Deschamps, Biblioth. imp., n° 7219, fol. 427 r°.— Quelques vers de la pièce citée ici ont été publiés dans le Recueil de M. Crapelet (36 vers sur 138).

Pluseurs, pour faire plaisir,
L'achatent et le vous présentent.

Souverains, princes, seigneurs, gouverneurs de provinces leur rendent honneur et les traitent en amis. Leur profession est vraiment la meilleure du monde. On a besoin d'eux, et ils profitent pour s'enrichir de leur talent et de leur réputation :

Vous estes com sains en terre;
Chascun va vostre sens requerre
Et vostre aïde demander
Pour l'argent, car qui truander
La vouldroit, bien scauriez respondre :
Amis, fay ta géline pondre
Et apporte assez c'est de quoy,
Car en ton fait goutte ne voy.

Ils ont, dit encore le poëte, une foule d'avantages particuliers que l'état d'avocat leur assure :

Qui vous donne, vous povez prandre,
Sanz estre reprins, mais reprendre
Povez un juge, s'il prant rien.
Cilz qui fist noz loys fist trop bien,
Car il n'establit nulle paine
Pour celluy qui vostre estat maine.

Ces plaisanteries, faites par un ami, n'attaquent en rien la loyauté des trois avocats auxquels elles sont adressées. Elles montrent, en particulier pour notre Jean Des Mares, quelle position éminente il occupait et quelle belle réputation il avait acquise. Deschamps parle des hauts personnages qui lui faisaient fête. Nous apprenons d'ailleurs qu'il possédait d'honorables et d'illustres amitiés, entre autres celle de Pierre de Villiers, seigneur de l'Ille-Adam, souverain maître de l'hôtel du roi, porte-oriflamme de France. Par un acte du 20 février 1378, ce seigneur et Marguerite de Vendôme, sa femme, amortissent, en considération de Jean Des Mares, *leur spécial amy*, des biens dont il avait doté l'église de Sainte-Catherine du Val des Ecoliers, lieu fixé pour sa sépulture [1].

Nous arrivons au moment où Des Mares, mêlé aux discordes politiques, déploie d'une façon vraiment éclatante ses talents et

[1] Archiv. de l'Empire, k. 179, 24, 4, n° 126.

ses vertus, et conquiert noblement une place dans l'histoire. Le règne de Charles V avait été occupé à rendre la France à elle-même. Grâce à la sagesse du gouvernement, les passions populaires, si violemment excitées au moment de la régence, s'étaient apaisées, et la nation avait fait cause commune avec le souverain pour l'expulsion des Anglais, pour la grandeur et la prospérité du pays. Tout changea, dès que Charles V fut descendu dans la tombe. L'avénement d'un enfant volontaire et violent, entouré de conseillers ambitieux et cupides, fit en un jour rentrer la France dans la voie des divisions et des désastres.

C'est au milieu d'un conflit de prétentions opposées, d'intérêts et de passions hostiles que nous allons rencontrer Jean Des Mares. On manque de renseignements sur le rôle qu'il avait joué lors des tentatives révolutionnaires de Marcel, et un passage des chroniques de Saint-Denis, concernant le traité fait entre le roi Jean et le roi de Navarre, et que j'ai cité plus haut, me fait penser qu'il avait désapprouvé, sinon les premières entreprises réformatrices du parti en lutte avec la royauté, au moins les violences sanglantes auxquelles il s'était laissé entraîner. Sa conduite, en 1380-1383, semble indiquer un homme appartenant à l'école de Marcel, quoiqu'un peu attiédi par l'expérience, un *politique* cherchant à concilier les intérêts de la royauté avec ceux du peuple, mais naturellement porté à sympathiser avec les classes les moins favorisées, à revendiquer et à faire valoir les droits des roturiers. Il reste indépendant, malgré ses fonctions; et qu'on n'en soit pas scandalisé; l'idée que le fonctionnaire abdique toute personnalité politique est une idée très-moderne.

La première circonstance importante où Jean Des Mares se présente à nos regards, après la mort de Charles V, est celle où s'agite dans les hautes régions du pouvoir la question de la délégation du gouvernement, sous un prince mineur. Les frères de Charles V, après avoir rendu les derniers devoirs au roi défunt, ont convoqué, pour délibérer sur le parti à prendre, une assemblée composée des princes et des personnages les plus élevés de l'Etat. D'après l'anonyme de Saint-Denis, dans son style un peu vague, assistaient à la séance, tenue au Parlement, les représentants du clergé, les barons, les hommes d'un savoir éminent avec lesquels le feu roi avait l'habitude de régler les affaires épineuses, les présidents de Chambre au Parlement, etc. Le

procès-verbal de la délibération de cette assemblée, qui fait partie des registres du Conseil [1], indique comme présents les ducs d'Anjou, de Berry, de Bourgogne et de Bourbon, la reine Blanche (veuve de Philippe de Valois), la duchesse d'Orléans, les comtes d'Eu, de Tancarville, d'Harcourt, de Brène et de Sancerre, messires Charles d'Orléans et Charles de Navarre, les archevêques de Rouen, de Reims et de Sens, les évêques de Laon, de Beauvais, d'Agen, de Paris, de Langres, de Bayeux, de Térouanne, d'Evreux, de Meaux et de Chartres, et plusieurs autres prélats et barons. M. Bellaguet, dans ses notes sur l'anonyme de Saint-Denys, émet l'opinion que cette assemblée n'était pas le conseil de tutelle désigné par Charles V, en 1374, mais une assemblée *ad hoc*.

Nous possédons sur ce qui se passa dans cette conjoncture importante le récit de Juvénal des Ursins, celui de l'anonyme de Saint-Denys et le procès-verbal dont il vient d'être question. A travers les réticences de chacun des narrateurs, on voit qu'un désaccord profond régnait entre les oncles du jeune roi, au sujet de la régence. Le duc d'Anjou demanda que, suivant la coutume, la tutelle du jeune monarque et l'administration du royaume fussent remises entre ses mains. Alors l'avocat du roi Jean Des Mares *fit une moult belle et notable proposition* [2]; il proposa que, par dérogation à la loi et en raison des circonstances, la majorité du roi, qui n'avait que douze ans, fût avancée, et qu'il fût immédiatement conduit à Reims pour le sacre. L'anonyme de Saint-Denys a donné, comme ayant été prononcé par Des Mares, un discours dans la forme cicéronienne, qu'il serait sans intérêt de reproduire ici [3]. Je préfère citer le résumé clair et précis de Juvénal des Ursins : « Il allégua, dit le chroniqueur, plusieurs « grandes raisons, et comme plusieurs roys en moindre aage « avoient eu le gouvernement de leurs royaumes et mesmement « le roy saint Louys. Et monstra que quelconque loy ou ordon- « nance, qui auroit esté faite au temps passé, elle se pouvoit « muer ou changer, pour éviter plus grand inconvenient, lequel « estoit taillé d'estre bien grand, pour la division des seigneurs

[1] Archiv. de l'empire, sect. judic. X, 1471, registre intit. *Conseil et plaidoiries*, III, fol. 382 v°.

[2] Juvénal des Ursins, p. 340.

[3] T. I, p. 9 et suiv.

« qu'on voyoit évidente, et que quand le roy seroit sacré, toutes « telles divisions cesseroient[1]... »

La proposition de Jean Des Mares contenta, à ce qu'il paraît, le duc d'Anjou, qui s'y rallia ostensiblement; mais elle déplut aux autres oncles du roi qui repoussaient la suprématie de leur frère aîné, et elle les anima d'une grande haine contre le promoteur du projet d'émancipation[2]. Pierre d'Orgemont défendit les intérêts des ducs de Bourgogne et de Berry, mais ce fut en vain; après une discussion orageuse, l'assemblée décida que Charles VI serait déclaré majeur, que le duc d'Anjou aurait la présidence du Conseil et l'administration des finances, que la garde et l'éducation du roi seraient confiées aux ducs de Bourgogne et de Bourbon, que le duc de Berry aurait le gouvernement des provinces méridionales, et qu'Olivier de Clisson serait fait connétable[3].

Cette grande mesure fut loin de produire les bons résultats qu'on s'en était promis. Le mal tenait à la fois aux hommes et aux circonstances. Charles VI était légalement majeur, mais en réalité c'était encore un enfant. Les frères de Charles V, dotés, par l'imprudence de leur père, de provinces indépendantes, ne songeaient plus à la France, mais à leurs domaines. Le trésor amassé par Charles le Sage fut dispersé sans profit pour l'Etat. Les gouvernants, à court d'argent, ne reculèrent devant aucun moyen pour s'en procurer; de son côté, le peuple prétendit se soustraire aux exactions dont il était l'objet. Un conflit devenait inévitable. D'ailleurs, la société tout entière s'agitait, troublée par mille causes diverses, par les divisions religieuses, par les prédications des réformateurs; des aspirations vers un état meilleur, des besoins d'organisation nouvelle se faisaient sentir. En France, les souvenirs de Marcel et des événements de 1358, assoupis un instant, se réveillèrent. Le poids des impôts, la mauvaise gestion de princes avides et jaloux les uns des autres, l'exemple de l'Angleterre en révolte et de la Flandre insurgée, l'occasion d'une royauté qu'on croyait impuissante, déterminèrent des soulèvements populaires à Paris et dans les provinces.

[1] Juvénal des Ursins, éd. Michaud, p. 340.

[2] *Id.*, p. 357.

[3] Archiv. de l'empire, X, 1471, fol. 382 v°.— Juvénal des Ursins, p. 340. — Anonyme de Saint-Denys, t. I, p. 11.

Je ne puis raconter ici les diverses péripéties de la lutte; il suffira de les indiquer pour que l'on comprenne la part prise aux événements par Jean Des Mares. Après une première réconciliation opérée entre les princes[1], la cour crut devoir faire connaître au peuple irrité que les divisions avaient cessé, et c'est notre magistrat qu'on chargea de cette mission. La façon dont il s'en acquitta n'était pas de nature à lui rallier la faveur des ducs de Berry et de Bourgogne. Il fit, disent les historiens, de grands éloges des peines prises par le duc d'Anjou dans l'intérêt public, des dépenses faites par lui pour l'Etat sur ses propres deniers, et il garda le silence sur les actes louables de ses frères[2].

Cependant le peuple soulevé réclamait avec autorité la diminution des tailles, que le duc d'Anjou avait augmentées dans l'intention d'en faire servir le produit à une expédition qui devait le mettre en possession du royaume de Naples. En présence de la sédition menaçante, on se décida à prononcer la suppression des impôts; Jean Des Mares fut encore chargé de faire part au peuple de cette bonne nouvelle. Le thème de son discours fut : *Novus rex, nova lex, novum gaudium.* Il recommanda aux Parisiens l'obéissance paisible envers le roi, en leur montrant la faute et le danger de leur attitude. « Et sembloit, dit Juvénal des Ursins, qu'ils fussent contens. » Mais ils demandèrent que les juifs et les usuriers fussent mis hors de Paris. Des Mares ne promit rien, si ce n'est d'en parler au roi, et les insurgés, sans attendre de réponse, se répandirent en fureur dans la ville, pillèrent les maisons des juifs, brisèrent les bureaux de perception et commirent toute sorte d'excès[3].

Le gouvernement n'était pas en mesure de tenir tête à la sédition. Charles VI, pour toute réparation, obtint la restitution de quelques-uns des objets enlevés, et au bout d'un peu de temps, quand on crut les esprits calmés, le duc d'Anjou prépara avec le Conseil le projet d'une nouvelle levée de subsides. Mais les Parisiens firent à ce projet une opposition violente « combien « que messire Pierre de Villiers et messire Jehan Des Mares,

[1] Voy., sur les efforts faits par Jean Des Mares pour ramener l'union entre les oncles du roi, Robert Gaguin, *Rerum gallicarum annales* (1577, in-fol.), p. 164.

[2] Juvénal des Ursins, p. 342. — Anonyme de Saint-Denys, p. 42.

[3] Juvénal des Ursins, p. 342.

« qui estoient en la grâce du peuple [1], comme on disoit, en fai-
« soient grandement leur devoir de leur monstrer les grans dan-
« giers et périls qui leur en pourroit advenir et d'encourir
« l'indignation et malveillance du roy [2]. » Loin de céder à ces exhortations, le peuple s'en irrita, traita d'ennemis de la chose publique ceux qui osaient les lui adresser, et résolut de s'opposer à main armée à toute tentative de rétablissement d'impôts. Le mot de liberté, l'idée de souveraineté populaire animaient la foule. Le peuple s'empara des chaînes qui fermaient les rues, s'organisa en milice régulière, commandée par des chefs de son choix, et fit le guet et la garde aux portes [3].

On connaît les désordres qui suivirent : l'arsenal et l'hôtel de ville forcés, les prisons ouvertes [4], Hugues Aubriot, ancien prévôt de Paris, mis hors de la Bastille où il avait été enfermé pour crime d'hérésie, les percepteurs massacrés, la ville livrée pendant plusieurs jours à l'anarchie. Les séditieux, dans leur fureur aveugle, voulurent aller abattre le pont de Charenton. Ici se fit sentir encore l'heureuse influence de Jean Des Mares. Il harangua le peuple et parvint par ses paroles à le détourner de son dessein [5].

En même temps, la révolte, qui prit le nom de révolte des *maillotins*, à cause des maillets dont les rebelles étaient armés, se propageait dans les provinces, à Rouen, où un drapier fut élu roi, à Amiens, en Flandre, en Champagne, etc.; les états généraux, rassemblés à Compiègne (15 avril 1382), se déclaraient contre les tailles. Les ducs d'Anjou et de Berry s'emparent de Rouen et y rétablissent l'autorité de Charles VI; mais Paris est toujours redoutable. Des négociations sont entamées entre les Parisiens et la cour. Charles VI consent à la suppression des impôts et au maintien des franchises populaires, et Jean Des Mares est choisi pour annoncer ces concessions au peuple. Ma-

[1] *Ipsique plebi summe auctoritatis.* (Anonyme de Saint-Denys, p. 129.)

[2] Juvénal des Ursins, p. 348. — Anonyme de Saint-Denys, p. 129.

[3] *Id., ibid.*

[4] On trouve dans les registres du Parlement (Archiv. de l'empire, X, 8843, criminel, n° 11, 1373-1387) de curieux détails sur des prisonniers élargis dans cette circonstance. Au folio 140, r° et v°, la figure d'un poignard et d'un maillet est tracée par une main contemporaine sur la marge du manuscrit. Voy. aussi fol. 141 r° et 145 r°.

[5] Juvénal des Ursins, p. 349. — Anonyme de Saint-Denys, p. 148.

lade et incapable de se tenir debout, l'avocat général se fait conduire en litière dans les carrefours, et la foule semble accueillir avec faveur les prémisses d'une réconciliation. Mais bientôt les arrestations commencent, les exécutions se multiplient, et les Parisiens irrités reprennent les armes, ferment les portes et se montrent décidés à une opiniâtre résistance. Les troupes royales tentent en vain de les réduire; Charles VI et ses oncles reconnaissent qu'il faut céder.

On parlemente. De Melun où il se trouve, le roi fait ses conditions pour rentrer dans Paris. Il demande l'ouverture des portes, le désarmement des citoyens et un subside. Des conférences ont lieu à Saint-Denis: Arnaud de Corbie, premier président au Parlement, soutient les intérêts de la cour; Jean Des Mares se présente au nom des Parisiens, et il offre pour la ville une somme de cent mille livres. « Et de ce furent les parties « contentes, dit Juvénal des Ursins, et fut fait grande joye [1]. »

Ici se place l'expédition de Charles VI contre les Flamands. Les Gantois, révoltés contre leur comte Louis de Male, et alliés des rebelles de Paris, furent vaincus à la sanglante journée de Rosebeck (27 novembre 1382). L'armée royale mit à feu et à sang la ville de Courtray, quoiqu'elle se fût soumise en toute hâte, et les Parisiens durent s'attendre aux traitements les plus rigoureux. L'issue de la guerre de Flandre renversait toutes leurs espérances et les livrait à un roi offensé, à une noblesse animée du désir de se venger. Malgré les métiers et les halles, qui voulaient se défendre, il fut décidé qu'on se mettrait à la merci du roi. Les bourgeois sortirent au nombre de trente mille pour lui offrir leurs hommages; on leur ordonna brusquement de se retirer; les barrières furent brisées, les portes arrachées; Charles VI pénétra dans Paris la lance à la main, comme dans une ville conquise; le connétable et les grands seigneurs prirent possession des principales portes, et les soldats se logèrent à leur fantaisie dans les maisons des particuliers. Désarmement général, construction de bastilles, abolition des priviléges municipaux, emprisonnement et exécution de citoyens, telles furent les mesures prises par le pouvoir pour punir les Parisiens et pour assurer leur obéissance. Parmi les victimes, parmi ceux qui durent payer

[1] Juvénal des Ursins, p. 350. — Anonyme de Saint-Denys, p. 156.

la révolte de leur vie, on remarque Nicolas le Flamand, marchand drapier, l'un des amis de Marcel, contre l'avis duquel le peuple s'était armé, et notre Jean Des Mares (dernier février 1382 — 1383, nouv. st.).

Quel était le crime de ce magistrat? Les historiens, pleins d'admiration pour sa vertu, ont cherché à dissimuler les motifs de sa condamnation et de sa mort. Juvénal des Ursins dit que sa tête tomba par suite de la haine que lui portaient les ducs de Bourgogne et de Berry, et non *pour cause qu'il eust esté consentant des séditions et commotions qui avoient couru, car elles luy estoient moult desplaisantes*[1]. Froissart parle de l'étonnement que causa l'arrêt qui le fit périr, et, en rappelant ses mérites et les services qu'il avait rendus à la couronne, il ajoute que l'opinion générale estoit *que on lui fist tort*[2]. Nicole Gilles, qui écrivait un siècle après, rapporte une tradition d'après laquelle la disgrâce de Jean Des Mares aurait été une punition divine de ce que, étant avocat, il aimait à se charger des causes *qui estoient contre les droictz, privilèges et immunitez des églises*[3].

En fait, la condamnation de Jean Des Mares fut motivée sur ce qu'il avait été cause des séditions advenues précédemment dans Paris. Le rendre responsable des entreprises de la populace parisienne contre l'autorité royale et des violences qui avaient été commises dans la capitale, c'était pure calomnie ; toute sa vie la démentait. Mais il paraît certain qu'il avait embrassé et soutenu quelque temps la cause populaire, non pas sans doute pour attaquer le principe de la royauté, mais pour lutter contre les excès d'un gouvernement oppressif et dilapidateur. Dès avant le départ de Charles VI pour la guerre de Flandre, il était avec le peuple. C'est comme mandataire des Parisiens qu'on l'a vu offrir au roi une somme de cent mille livres, s'il consentait à

[1] P. 357. — Ailleurs, Juvénal des Ursins dit que l'on avait fait mourir Jean Des Mares *sans cause*. (P. 450.)

[2] Chron. manuscrite à la Biblioth. imp., n° 8327, fol. 197 v°.

[3] « Et bien que l'entendement humain ne puisse opposer raison sur les jugemens de Dieu, toutesfois, plusieurs diront que cela estoit advenu audit advocat, parce que luy estant advocat, il prenoit et acceptoit volontiers charge des causes qui estoient contre les droictz, privilèges et immunitez des églises, et au contraire faisoit, comme on disoit, un nommé Me Pierre de Fontbrac, aussi advocat en Parlement... (Chron. et annal. de France, 1573, in-fol., fol. 287 r°.)

rentrer dans sa capitale. Le religieux anonyme de Saint-Denys est tout à fait explicite à cet égard. Après avoir rappelé que, pendant près d'un an, Jean Des Mares avait été médiateur entre le roi et les Parisiens, et que souvent il avait arrêté les fureurs de la multitude ameutée, il ajoute : « Cependant, resté au milieu « du peuple qui l'en avait supplié, il avait donné le conseil *de « munir la ville et de se défendre à main armée*, quoiqu'il sût, en « agissant ainsi, n'être point agréable au roi et aux grands [1]. »

Ainsi, ce me semble, point de doute : Jean Des Mares a péri victime d'une réaction politique. Partisan théorique des idées que Marcel avait essayé de faire triompher, connu et aimé comme tel des bourgeois et du peuple de Paris, il employa, au début du règne de Charles VI, son influence pour empêcher les excès de la populace. Plus tard, désapprouvant les actes et les tendances du nouveau gouvernement, craignant pour l'existence des franchises municipales et nationales, sollicité d'ailleurs par les Parisiens, il se persuada qu'à côté des droits de la royauté il y avait d'autres droits que son devoir lui ordonnait de sauvegarder et de défendre. Il passa alors ouvertement à ce que nous appellerions aujourd'hui le *parti de l'opposition*, parti qui se divisait en deux catégories bien distinctes : la bourgeoisie, hostile aux impôts excessifs, voulant prendre part aux affaires, mais modérée dans ses pratiques ; la masse du peuple, plus contraire à la noblesse qu'à la royauté, mais violente et facile à se laisser entraîner aux mesures extrêmes. Jean Des Mares se trouva pendant plusieurs mois entre ces deux factions ; quand l'armée de Flandre revint victorieuse aux portes de Paris, il conseilla la résistance. Mais la terreur avait gagné tout le monde, et la majorité résolut de céder.

C'est dans ces circonstances, si je ne me trompe, que Des Mares fut arrêté, conduit au Châtelet et mis en jugement. Le tribunal qui le jugea fut, non pas le Parlement lui-même, mais une de ces Commissions spéciales comme on en voit fonctionner dans toutes les crises politiques, et j'ai vainement cherché dans les registres du Parlement la trace du procès. La condamnation était prononcée d'avance, et sans doute la haine des ducs de Bourgogne et de Berry y eut une large part ; on oublia tous les services passés, on ne laissa pas même à l'accusé la faculté de

[1] Anonyme de Saint-Denys, t. I, p. 244.

se défendre et de se justifier; il eut beau soutenir qu'il était clerc et qu'il n'avait eu qu'une seule femme, vierge au moment du mariage [1]. Placé au premier rang du parti vaincu, il fut choisi pour servir d'exemple; son sang put seul satisfaire ses ennemis.

La mort de Jean Des Mares est noble et touchante ; elle couronne dignement une belle vie. Douze condamnés devaient subir en même temps le dernier supplice ; on les avait disposés sur un chariot où l'avocat général occupait un siége plus élevé que les autres, afin qu'il fût mieux vu de la foule. On les conduisit ainsi aux halles. Des Mares, durant le trajet, répétait les paroles du psaume : *Judica me, Deus, et discerne causam meam de gente non sancta.* Il disait encore : « Où sont ceux qui m'ont jugé ? Qu'ils viennent et me montrent la raison pour laquelle ils m'ont condamné à mort ! » Et il haranguait le peuple et ceux qui devaient mourir avec lui. Tous, en l'entendant, étaient émus de douleur et de compassion ; mais nul n'osait exprimer ses sentiments. On arriva au lieu de l'exécution, « et là, dit « Froissart, furent descollez ceulx qui en sa compaignie estoient, « et en y ot ung que on nommoit Nicolas le Flament, ung drap- « pier, pour qui on offroit pour lui sauver sa vie 60000 frans ; « mais il mourut. Et quant on vint pour descoller Me Jehan « Des Mares, on lui dist : « Maistre Jehan, criez mercy au roy « que il vous pardonne voz forfais. » — Adonc se retourna-il et « dist : « J'ay servi au roy Phelippe son grant aieul et au roy « Jehan son ayeul et au roy Charles son père bien et loyaul- « ment, ne oncques ces trois rois ne me sceurent que demander, « et aussi ne feroit cellui-cy, se il avoit aage et congnoissance « d'homme, et cuide bien que de moy jugier il n'en soit en « riens coulpable, si ne luy ay que faire de luy crier merci, « mais à Dieu vueil crier mercy et non à autre, et luy prie bon- « nement qu'il me pardonne mes forfais. » — Adonc print-il « congié au peuple, dont la greigneur partie pleuroit pour lui. « Et en cest estat mourut Me Jehan Des Mares [2]. »

Les restes de Jean Des Mares furent ensevelis par les soins du bourreau de Paris dans un endroit où ils restèrent vingt-

[1] Voy. sur ce point l'article 25 des Décisions de Jean Des Mares, dans les *Coustumes* de Brodeau, t. II, p. 562.

[2] Froissart, *Chron.*, manuscrit de la Biblioth. imp., n° 8327, fol. 198 r°.

quatre ans. En 1406, ils furent, grâce à l'intervention des parents et amis du défunt, transportés dans l'église de Sainte-Catherine du Val des Ecoliers, où il avait élu sa sépulture, et réunis aux restes de sa femme, morte en 1379 [1]. Miraulmont, dans son traité de l'*Établissement et origine du Parlement* [2], et, après lui, Loisel, dans son *Dialogue des avocats* [3], affirment que la translation eut lieu en vertu d'un arrêt du Parlement, rendu le 11 mars 1405; cet arrêt, inutilement cherché aux archives de l'empire, n'a pu être retrouvé. Le tombeau des deux époux, à Sainte-Catherine du Val des Ecoliers, existait encore au dix-septième siècle; Dubreuil le mentionne [4]; Loisel et Brodeau [5] disent que *leurs effigies, relevées en bosse, se voyent à main gauche du chœur*. En 1409, mourut, *de gravelle et de poux*, Pierre d'Orgemont, évêque de Paris, l'un des fils du chancelier de ce nom, qui passait pour l'auteur de la mort de Jean Des Mares; et cette fin fut regardée comme une punition divine [6].

On attribue généralement à Jean Des Mares un recueil de décisions et de sentences, que les jurisconsultes regardent comme extrêmement importantes *pour marquer la transition du droit représenté par les Établissements de saint Louis et les anciennes coutumes du Châtelet, au droit qui a formé la coutume des quinzième et seizième siècles* [7]. Elles ont été publiées par Julien Brodeau, d'après un manuscrit qui lui appartenait, à la suite de

[1] Juvénal des Ursins, p. 450. — Pasquier, ou Dialogue des avocats du Parlement de Paris, dans les *Opuscules* de Loisel, p. 485. — Brodeau, *Coustume de la prévosté et de la vicomté de Paris*, t. II, p. 523. — J'ai cité plus haut un acte du 20 février 1378, par lequel Pierre de Villiers et sa femme amortissent et dispensent de toute finance, en faveur de *leur amy spécial*, Jean Des Mares, des biens que celui-ci avait donnés à l'église de Sainte-Catherine du Val des Ecoliers, où il avait fondé sa sépulture et où il avait institué des prières pour lui et pour sa femme. (Archiv. de l'emp., k. 179, 24, 4, n° 126.)

[2] Paris, 1612, in-8°, p. 225.

[3] *Loc. cit*

[4] *Théâtre des antiquités de Paris* (Paris, 1612, in-4°), p. 884.

[5] Loisel, *loc. cit.* — Brodeau, *loc. cit.*

[6] Juvénal des Ursins, p. 450.

[7] Laferrière, *Histoire du droit français*, t. VI, p. 327-329. — Brodeau dit lui-même, en parlant des décisions et des coutumes notoires : « Ceux qui se donneront la peine de les lire avoueront, comme moi, que c'est la vive source dont on a tiré le cahier qui fut présenté aux commissaires, en l'an 1512, lors de la rédaction de la coustume de Paris. »

ses coutumes commentées de la prévôté et de la vicomté de Paris, sous ce titre : *Décisions de messire Jehan Des Mares, conseiller et advocat du roy au Parlement, sous les règnes de Charles V et VI, dans lesquelles sont transcripts les usages et coustumes gardées en la Cour du Chastelet, et certaines sentences données en plusieurs cas notables* (t. II, p. 559).

C'est Brodeau qui a mis en circulation l'opinion que les *Décisions* sont de Jean Des Mares. Lui-même justifie ainsi cette opinion : « Ayant rencontré, dit-il, à la fin d'aucunes de ces décisions, « sçavoir des 1re, 2e et autres, cette subscription *J. Des Mares*, je « me suis persuadé qu'elles ont pour auteur messire Jean De « Mares ou Des Maraiz, ou Des Mares, qui a esté, en l'an- « née 1372, conseiller au Parlement, et depuis advocat géné- « ral, sous les règnes de Charles V et Charles VI. » Et Brodeau se plaît à citer les qualifications honorables qui ont été prodiguées à Jean Des Mares par Juvénal des Ursins, Froissart, Nicole Gilles, Robert Gaguin, Papire Masson, etc. Il est bien difficile, je l'avoue, d'accepter sans restriction les motifs et la conclusion de Brodeau. On doit reconnaître, il est vrai, que, parmi les articles datés, il ne s'en trouve pas, dans le recueil des *Décisions*, qui soit postérieur à l'époque de la mort de Jean Des Mares. L'un d'eux, avec la mention *J. Des Mares*, porte la date : 17 avril 1380 ; un autre (déc. 45) est ainsi conçu : *Falsificatio falsæ monetæ non est crimen lesæ majestatis. Ita dictum fuit per arrestum Parlamenti, anno* 1380. Mais, en admettant que le nom de Des Mares, joint dans le manuscrit à plusieurs des décisions qu'il contient, prouve que ces décisions sont de notre magistrat, n'est-il pas possible que l'indication donnée par le copiste s'applique uniquement aux articles qu'elle accompagne et non au recueil tout entier ? J'ai remarqué diverses sentences qui paraissent accuser une provenance orléanaise. En divers endroits, l'auteur cite des gouverneurs d'Orléans, Jean Barnan, chevalier, Jacques Collart (déc. 388 et 393) ; ailleurs, il rappelle la coutume ou les sentences du Châtelet d'Orléans (déc. 346, 373, 376, 393, 405, 407, 408, 417) ; ailleurs encore, il dit : *Propositum tenetur Aurelianis* (déc. 292), et aussi : « L'en « puet décliner par procureur la Cour du prévost de Orliens » (déc. 380). Dans plusieurs endroits, il se met en scène : « Je vi « à Orliens que une des parties requéroit... (déc. 372) ; je fu en

« jugement à Orliens, quand un homme... (déc. 374); j'ay oy « dire à Me Gentien Cabu, souffisant advocat à Orliens... » (déc. 419). Notons d'ailleurs qu'une partie des décisions attribuées par Brodeau à Jean Des Mares se retrouvent dans un autre recueil de décisions judiciaires du quatorzième siècle, dans les *Coustumes notoires jugées au Châtelet de Paris*[1], dont elles reprennent le titre aux articles 353 et suivants.

Le recueil publié par Brodeau sous le nom de Des Mares se compose de quatre cent vingt-deux décisions, auxquelles l'éditeur a joint une courte analyse et quelquefois un commentaire. C'est une réunion d'articles, dont l'origine, dont la date et dont la forme sont très-diverses. On y trouve des fragments d'anciennes coutumes (il est de coustume, — il est de coustume par tout le royaume..., etc.), des passages d'ordonnances royales, des arrêts cités textuellement, des formules admises dans la jurisprudence du Parlement de Paris (on tient de style en la cour, — selon le droict escript en style de Parlement..., etc.), des maximes ou axiomes de droit, en vers ou en prose, en français ou en latin. Voici quelques-uns de ces axiomes, qui m'ont paru curieux :

Sergent qui son seigneur ne doubte
Ne doit demorer en sa route (déc. 128).

Homs mort n'a porteur de lettres (déc. 164 et 378).

Qui tout comprend rien ne excepte (déc. 344).

Quand le seigneur du fié dort, le vassal veille (déc. 345).

His sex rite modis fit quæque probatio facti :
Instrumenta probant, præsumptio, famaque testis,
Et juramenti delatio, res manifesta ;
Sed lex et canon et consuetudo probant jus (déc. 158).

Li advocat doivent acquérir et garder l'amour du juge (déc. 411).

Le manuscrit dont Brodeau s'est servi pour la publication des Décisions de Jean des Mares n'a pu être retrouvé, non plus que celui du recueil des Coutumes notoires du Châtelet de Paris.

F. Bourquelot.

[1] Publiées également dans le tome II de l'ouvrage de Brodeau. On y trouve, p. 540, une coutume prononcée en tourbe, sous la date de 1363, et, parmi les avocats qui y ont pris part, figure Jean Des Mares.

DE L'ORDONNANCE CRIMINELLE DE 1670.

I.

1. Le 6 juin 1670, les commissaires du roi et les députés du Parlement se sont assemblés chez le chancelier, pour tenir des conférences sur l'ordonnance qui a pris plus tard le titre d'Ordonnance criminelle du mois d'août 1670. Leur examen se fit en un mois environ, et leur septième et dernière conférence eut lieu le 8 juillet 1670.

2. Bien que le roi Louis XIV se fût réservé le droit exclusif d'amendement [1], l'œuvre soumise aux délibérations de la Commission était d'une haute importance, puisqu'il s'agissait de préparer, pour la première fois, au pays une loi générale de justice criminelle et de réformer, par ce nouveau code, des abus contre lesquels s'étaient élevées, dès le siècle dernier, les protestations des jurisconsultes les plus autorisés. Il est permis de croire pourtant que la masse de la nation n'accordait qu'une assez médiocre attention à l'annonce de la publication d'une nouvelle loi ; les abus inhérents à l'ordre judiciaire existant ne préoccupaient guère que ceux qui avaient à en souffrir, quand ils se trouvaient en contact avec la justice répressive. La noblesse et la bourgeoisie étaient en dehors des tentations de la plupart des délits de droit commun, le crime d'hérésie excepté, et les masses restaient fort indifférentes à l'émission d'une loi quelconque, tant qu'elle n'avait pas pour objet de faire peser sur elles un nouvel impôt. A cette époque, le silence se faisait autour des tribunaux, dont les jugements mêmes se rendaient à huis clos. Dans un système où les prisons locales n'existaient pas pour l'expiation [2], l'action de la justice ne se manifestait donc

[1] Bretonnier sur Henrys, t. Ier, p. 377, édition de 1772, rapporte que « quand il y a eu quelques articles controversés, le roi s'est donné la peine de les examiner et de les régler lui-même, en sorte qu'on peut dire de cette ordonnance : *Recitata septies in palatio nostro.* »

[2] « Car les prisons ont été introduites pour la garde des malfaiteurs, non pas pour la punition d'iceux. » — Bacquet, *Traité des droits de justice*, ch. XVIII, nº 11.— Des prisons *pour peine* étaient impossibles jusqu'en 1789,

guère au dehors que par la capture des accusés et par l'exécution de la peine dans les bagnes ou sur les places publiques. D'ailleurs, la fréquence des grands crimes et l'absence d'une bonne police inspiraient plutôt le désir d'une protection efficace des personnes et des propriétés que le développement de pensées d'humanité pour les prévenus. La terreur était inséparable de l'idée de justice ; on craignait tout contact avec ses agents et on ne se préoccupait pas de son action sur les autres, parce qu'on écartait soigneusement pour soi-même toute idée de rapports possibles avec elle. Quoi qu'il en soit de cette indifférence, qui était plus grande en 1670 que cent ou cent cinquante ans avant et qui était le résultat naturel du secret des procédures, les désordres étaient des plus notoires au dix-septième siècle, non-seulement pour la France, mais encore pour toute l'Europe, dans l'administration de la justice criminelle [1].

3. La procédure inquisitoriale, que l'ordonnance de 1539 avait empruntée, en la généralisant, à une précédente ordonnance de 1498, restait en vigueur à l'époque des conférences sur l'ordonnance nouvelle. Le mot d'*inquisition* n'avait pu, du reste, se nationaliser en France ; on lui avait substitué celui d'*information* [2]. C'est ainsi que, par une protestation des souvenirs, on a conservé, jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, à l'ordre judiciaire établi par les ordonnances de 1498, 1539 et 1670, le nom de *procédure* ou règlement *extraordinaire*, que lui maintiennent invariablement la doctrine et jusqu'aux textes officiels [3].

c'est-à-dire avec un système pénal où la justice était considérée pour les seigneurs comme un fruit, car qu'auraient rapporté à ce titre les condamnés emprisonnés ? Ils n'auraient été qu'une occasion de dépense prolongée. On ne connaissait donc que les prisons *pour garde*.

[1] Voir, pour ce qui concerne les Pays-Bas, les leçons de M. Nypels, professeur à l'université de Liége, reproduites dans le *Moniteur des cours publics*, numéros des 9 et 23 avril 1857.

[2] Selon Charondas Le Caron, *Pandectes du droit français*, liv. IV, ch. III, le mot d'*inquisition* n'est bien ouï et reçu en France, à cause d'une forme d'inquisition qui est observée en Espagne, Italie et quelques autres pays.

[3] Tit. XX, art. 1er de l'ordonnance de 1670. — Cette appellation, fidèlement conservée par la tradition, se trouve originairement dans les articles 107 et 108 de l'ordonnance de 1498. — A Rome, la même désignation fut affectée à la procédure qui remplaça la procédure formulaire ; Justinien dit lui-même : *Extra ordinem sunt hodiè omnia judicia*. (Institutes, liv. IV, tit. XV, § VIII). La procédure formulaire restait chère au peuple, qui n'oubliait pas

4. Il n'entre pas dans mon sujet d'analyser les formalités de la procédure établie par l'ordonnance de 1539. Je dirai seulement qu'elle était secrète, qu'elle était abandonnée dans sa première et plus importante partie à des subalternes, que le mystère et l'impunité étaient acquis à la dénonciation, et que l'accusé, mis en contact avec ses juges à la fin seulement du procès, se voyait enchaîné dans ses défenses par des textes positifs, et soumis à des déchéances sans nombre dans un combat toujours inégal.

5. L'information première, si essentielle pour établir la moralité de l'affaire et la conviction de la culpabilité ou de l'innocence, pouvait se faire en dehors du juge, qui en laissait généralement le soin à des notaires, greffiers ou huissiers. Or, comme le ministère public, qui ne prenait guère l'initiative de la poursuite que pour les grands crimes, était d'ailleurs destitué d'un pouvoir sérieux de surveillance sur toutes les informations, de faciles compromis pouvaient s'établir à peu près constamment, dans l'intérêt de la poursuite privée, entre les enquêteurs et les parties plaignantes. Aussi Charondas Le Caron nous atteste-t-il que la plupart des examinateurs, encore qu'ils se dussent montrer neutres comme juges, ne veulent ouïr les témoins qu'à l'avantage et utilité de ceux à la requête desquels ils informent [1].

6. Après cette information, venait le récolement qui devait être fait par le juge lui-même à la suite d'un jugement interlocutoire prescrivant cette mesure. C'était une répétition des témoins jugés utiles pour la prévention, car on ne récolait que ceux qui déposaient à conviction. L'article 153 de l'ordonnance contenait à cet égard une prohibition positive, et édictait qu'on ne récolerait que ce qui était à charge.

Dumoulin, qui nous a laissé des notes en langage mi-parti de latin et de français sur cette ordonnance, s'écrie avec emportement : *Non debet servari hæc dispositio legis...*; et plus bas : *Certè non solet nec tenetur judex.* Dans une note qui paraît ultérieure et que son indignation persistante a crayonnée en octobre 1544, il nous rapporte que, par un juste retour, la Providence vient de permettre qu'on en usât ainsi vis-à-vis du chancelier

qu'elle avait été substituée aux actions de la loi, *quæ in odium venerant.* (Gaïus, Institutes, *Commentaire* IV, § XXX.)

[1] *Pandectes du droit français*, liv. IV, ch. III.

Poyet[1], comme il l'avait lui-même voulu, et que son procès lui a été fait sans récolement des témoins à décharge. Mais il termine en disant pourtant que *est perniciosissima consequentia.*

7. Le récolement par le juge était en principe une garantie, mais cette garantie dans la pratique devenait trop souvent illusoire. En principe, le récolement devait permettre aux témoins la rétractation, la révocation et le changement de leurs dépositions. Dans la pratique, toutefois, pour qu'ils ne se laissassent pas aller trop facilement à cette tentation, quelques-uns avaient estimé qu'il fallait donner la question au témoin *qui variait ou se contrariait.* Ces mesures beaucoup trop énergiques ne paraissent pas avoir été accueillies en France ; mais le juge, à l'aide d'autres moyens, défendait trop souvent comme sienne l'œuvre de son suppôt. Il recourait, à ces fins, soit à l'intimidation, soit même à la menace de la prison ou du fouet. Ces déplorables pratiques nous sont attestées par un auteur sérieux qui nous parle « de ces iniques juges, lesquels, poussés de passion et animosité, ou pour servir au désir de ceux à la requête desquels ils procédent comme mercenaires à eux obligés, ne veulent ouïr, ne faire écrire ce que les témoins rétractent, corrigent ou déclarent par leurs récolements pour la décharge et accusation de l'accusé[2]. »

8. Les juges étaient ou seigneuriaux ou royaux. Les justices seigneuriales avaient originairement dominé dans une organisation où tout était féodal, mais les baillis et sénéchaux, juges royaux ordinaires, et les prévôts des maréchaux, juges royaux exceptionnels, avaient entamé contre elles une lutte et des conflits de compétence qui avaient fini par faire attribuer aux officiers du roi, avec la généralisation du droit d'appel, une partie du pouvoir judiciaire, qui avait longtemps appartenu exclusivement aux seigneurs.

9. La justice était considérée par les seigneurs comme une propriété qui devait rapporter son intérêt[3]. En outre, c'était une

[1] Il fut le principal auteur et la plus célèbre victime des aspérités des formes de l'ordonnance de 1539.

[2] Charondas, *op. cit.*, liv. IV, ch. VIII.

[3] Aussi faisait-on des économies jusque sur la nourriture des prisonniers, qui avaient à peine le strict nécessaire. Quant aux prisons, dont l'entretien eût été trop coûteux, Bacquet (*Traité des droits de justice*, ch. XVIII,

propriété honorifique ou de suprématie et, à ce titre, elle était vivement recherchée. Chacun la voulait avoir et, par suite, comme le marque Loiseau, la confusion de la justice n'était guère moindre en France que la confusion des langues lors de la tour de Babel. Il n'y avait, selon le même auteur, si petit gentilhomme qui ne voulût avoir en propriété la justice de son village ou hameau ; tel qui n'avait qu'un moulin ou une basse-cour [1] voulait avoir justice sur son meunier ou son fermier.

10. Chacune de ces justices devait avoir un juge, un procureur, dit procureur fiscal ou d'office, et un greffier [2]. On voit par là combien d'hommes auraient été enlevés à l'industrie, à l'agriculture et aux autres carrières utiles, si chacun de ces officiers s'était voué exclusivement à ses fonctions. Comme elles ne pouvaient les faire vivre, ils ne donnaient presque toujours qu'une partie de leur temps à leurs charges et en faisaient mal le devoir. Aussi voyait-on fréquemment le juge d'un village être le lendemain greffier dans un autre, puis le surlendemain procureur fiscal dans un troisième, puis après sergent encore dans un autre. De la sorte, ils s'entr'aidaient, « se renvoyant la pelote, ou, pour mieux dire, la bourse l'un à l'autre, comme larrons en foire [3]. »

Les procès, quoique peu nombreux, traînaient dans ces juridictions subalternes où la science manquait aux officiers dépendants de leurs maîtres et trop souvent menacés, à la moindre velléité d'impartialité, de ce que Loiseau appelle une *prébende de va-t-en* [4].

11. La justice s'administrait alors aux frais des seigneurs, qui

n° 10) raconte que les seigneurs y suppléaient ordinairement « en mettant les pauvres prisonniers en basses fosses, ou étables à porcs, à vaches ou à chevaux, ou autres lieux infects et puants. »

[1] *Discours de l'abus des justices de village*, p. 3, édition de 1640.

[2] Aussi, selon le dire de Bacquet, « en aucune desquelles petites justices, il y a plus d'officiers que de justiciables. » — *Livre des offices de France*, édition de 1620, titre XLII, ch. Ier.

[3] Loiseau, *op. cit.*, p. 21.

[4] *Des offices*, liv. V, ch. IV, n° 36. — Il dit plus loin (n° 37) : « Au moins savent-ils bien (les officiers de village), en une enquête, ou, qui pis est, en une information, enter une petite négative d'une lettre sur une affirmative, *vel e contrà*; et cependant voilà un acte public, allez le maintenir de faux à l'égard d'un seigneur qui tient à sa dévotion, voire en sa sujétion, tous les praticiens et même tout le peuple. »

avaient, comme fruit de leur justice et comme indemnité des avances que nécessitait l'instruction des affaires, l'allocation d'une amende dont le taux était arbitraire, mais qui ne devait jamais être au-dessous des frais avancés pour le procès. On conçoit aisément que, pour la poursuite, la situation de fortune de l'accusé n'était pas sans importance. Si donc le délinquant était pauvre et s'il n'y avait pas une partie civile prenant à sa charge les frais du procès, on ne le faisait pas. Si l'accusé était dans une meilleure position, on ne le lui faisait pas non plus, pourvu qu'il consentît à se laisser rançonner par le seigneur, voyant volontiers dans le crime une occasion de lucre personnel. Si l'accusé refusait toute transaction, le seigneur lui faisait le procès, et, comme l'amende était arbitraire, il lui faisait payer chèrement son obstination à rejeter le préalable d'une composition.

12. Les juges royaux, appelés *baillis* ou *sénéchaux*, offraient assurément des garanties meilleures que ces *mangeries* de village que Loiseau qualifie de la sorte, ne pouvant, dit-il, les appeler *justices*, parce qu'il ne s'y fait rien moins que la justice. Cependant, il y avait encore bien du mélange parmi ces juges royaux. Aussi, dans les conférences tenues pour la rédaction de l'ordonnance de 1670, l'avocat général Talon proclamait, sans être contredit, que la conduite des juges était assez réglée, que même il y avait peu à craindre pour la justice dans les grands présidiaux [1], mais que, dans les moindres siéges (et ils étaient de beaucoup les plus nombreux), il y avait souvent plus à appréhender des juges que des parties.

13. A côté d'eux, il y avait d'autres ministres de la justice, dont l'institution était bonne, mais dont le personnel laissait grandement à désirer. Je veux parler des prévôts des maréchaux dont la fonction, d'abord bornée à la recherche et à la poursuite des crimes commis par les militaires, avait été ensuite étendue aux crimes commis par les vagabonds et gens sans aveu, qu'on appelait *gibier de prévôt*, et dont on disait même, suivant une énergique et pour eux peu rassurante expression, *qu'ils portaient leur procès suspendu à leur cou*. Plus tard, on avait encore augmenté la compétence des prévôts des maréchaux et on avait fait

[1] C'étaient des bailliages ou sénéchaussées avec un personnel plus nombreux et des attributions plus étendues.

rentrer dans les cas prévôtaux les crimes commis sur les grands chemins, même par d'autres que les vagabonds et les gens sans aveu[1].

La double mission de ces prévôts, conviés à se servir tout à la fois des armes et de la plume, consistait à prêter main-forte à la justice royale ou seigneuriale, et à empêcher les violences publiques qu'ils constataient et à la répression desquelles ils concouraient. Leurs fonctions avaient beaucoup de rapport avec celles de la gendarmerie actuelle, sauf qu'il n'y a pas chez les gendarmes le mélange du caractère de juge et de celui d'agent de la police judiciaire.

Les prévôts des maréchaux jugeaient en dernier ressort, les répressions par eux prononcées devant suivre de près les méfaits, et il leur était même enjoint de terminer leurs procédures dans les deux mois[2].

Sauf ce redoutable mélange du caractère de juge et de celui d'agent de la constatation, l'institution pouvait rendre des services ; mais le défaut de surveillance, la vie nomade qui était habituelle aux prévôts des maréchaux, assujettis à des chevauchées permanentes, et la nécessité de les recruter, tout gentilshommes qu'ils dussent être, parmi des hommes prêts à payer plus encore de leur personne que de leur plume, et appelés à faire plus montre de leur vigueur physique que de leur science de criminalistes, avaient amené des abus très-notables et de plusieurs sortes.

Déjà les états de Tours, en parlant de leurs accusations dans leurs doléances au roi Charles VIII, les appelaient des accusations sinistres. Plus tard, on voit dans les ordonnances des preuves

[1] « Les prévôts des maréchaux ont été établis en France pour que la justice fût plus promptement exercée contre les brigands. Les prévôts des maréchaux *in jure vocantur judices latrunculatores.* » — Remarques tirées de Du Chalard, *Recueil de Néron*, sur l'article 66 de l'ordonnance de Charles IX, de janvier 1560. Peut-être, par cette appellation, nos anciens juristes, d'humeur assez caustique, avaient-ils voulu faire une épigramme, le mot *latrunculator* désignant tout ensemble, en latin, et le voleur lui-même et le juge en matière de vol à main armée.

[2] Par l'article 12 de l'édit de Charles IX, d'août 1564, portant règlement de la juridiction des prévôts des maréchaux, il leur est recommandé très-expressément de faire et parfaire le procès à leurs prisonniers, dans deux mois au plus tard, sans les détenir plus longuement, à peine de tous dépens, dommages et intérêts en leur privé nom.

des désordres de ces magistrats armés auxquels on dut interdire de rester nantis des biens de ceux qu'ils arrêtaient [1]. La prohibition était motivée ; ils se figuraient trop facilement, en effet, que ce qu'ils avaient saisi sur des hommes destitués de tout appui et dont les nantissements semblaient suspects leur appartenait et devait devenir, selon l'importance de la capture, soit leur propriété personnelle, soit celle de leurs archers, que Guy Coquille proclamait plus grands voleurs que ceux qu'ils arrêtaient, les représentant comme gens toujours prêts à faire *éclipser* ce sur quoi ils mettaient la main [2]. Parlant des prévôts des maréchaux eux-mêmes, le même auteur nous dit que ce n'est que dérèglement « de cette racaille de juges bottés [3]. »

La même appréciation en est faite par les bouches les plus graves dans les conférences officielles auxquelles a donné lieu l'ordonnance de 1670.

Le premier président de Lamoignon les représente comme opprimant les innocents et déchargeant les coupables, comme plus à craindre que les voleurs eux-mêmes et comme ne s'employant ordinairement qu'à empêcher que la justice ne soit faite.

Un autre membre (l'avocat général Talon) rappelle à leur sujet que toutes les oppressions que peuvent commettre ou les voleurs ou les personnes puissantes n'approchent point des concussions des prévôts des maréchaux et de leurs officiers subalternes. « Cette vérité a été reconnue aux grands jours de Clermont, où l'on a fait le procès à plusieurs officiers de maréchaussée ; mais on a été persuadé, d'ailleurs, qu'il n'y en avait pas un seul dont la conduite fût innocente et exempte de reproches. »

Le commissaire du gouvernement, Pussort, dont on ne suspectera certes pas la parole, convient également que les prévôts des maréchaux ont vécu avec peu d'intégrité, que leur

[1] Art. 44 de l'ordonnance de Moulins, de février 1566, et art. 186 de l'ordonnance de Blois, de mai 1579.

[2] Sur l'article 186 de l'ordonnance de mai 1579, *Recueil des ordonnances royaux* de Néron.

[3] Le même, sur l'article 187 de la même ordonnance. — Lemaistre, dans un plaidoyer prononcé en 1633, et qui est le treizième dans ses œuvres imprimées, constate que les prévôts des maréchaux sont la plupart ignorants et inexpérimentés. Il cite à ce sujet Jacques de Beauvais, qui, en sa *Pratique*, s'écrie contre eux de ce qu'étant *ignorants et sanguinaires, ils ont la vie des hommes en leur puissance.*

mauvaise conduite les a fort décriés et les a rendus peu dignes des attributions qui leur ont été confiées [1].

14. Tel est le sombre tableau des institutions et des juges que nous présentent non-seulement les auteurs contemporains, mais encore les procès-verbaux des conférences officielles.

15. L'ordonnance nouvelle devait-elle faire disparaître tous les abus inhérents aux choses et aux hommes de l'époque ? Les esprits les plus optimistes d'alors ne pouvaient guère l'espérer. Et pour nous, qui jugeons les faits à distance, nous ne pouvons nier qu'un remède complet était alors à peu près impossible. Il eût fallu pour cela porter le fer et le feu dans toutes les parties de l'ordre judiciaire existant ; or, c'était d'une réformation et non d'une révolution dans les institutions qu'il s'agissait en 1670. Une meilleure codification et des améliorations de détail, voilà ce qui pouvait être raisonnablement espéré et ce qui a été en partie obtenu ; mais les vices de l'ensemble devaient subsister, après comme avant la publication de la nouvelle ordonnance, car cet ensemble n'était pas encore assez vermoulu pour pouvoir tomber sans secousse à cette époque, et il allait même recevoir des textes de l'Ordonnance une restauration et une consécration de plus fraîche date.

16. Les obstacles à une amélioration sérieuse tenaient surtout à l'organisation féodale des institutions judiciaires. Les seigneurs justiciers étaient en grand nombre, et la ruine de leurs justices eût été une cause de désaffection à laquelle le pouvoir, même d'un Louis XIV, ne voulait pas s'exposer [2]. D'ailleurs,

[1] A ces témoignages graves ou authentiques, joignons une appréciation populaire qui ne s'en écarte pas. Dans les *Caquets de l'accouchée*, publiés pour la première fois en 1622, et réimprimés de nos jours dans la bibliothèque elzévirienne, nous lisons (à la page 37 de cette nouvelle édition) : « Le messager d'Etampes fut, l'autre jour, volé de quatre-vingts ou cent écus ; comme il fit sa plainte et qu'il demandait que l'on courût après, le prévôt des maréchaux lui demande cent écus d'avance pour sa chevauchée, et voyant que c'était double perte, il a mieux aimé laisser la poursuite du vol. » — On lit encore quelques lignes plus bas : « A quoi servent tant de prévôts des maréchaux ? à faire pendre ceux qui n'ont point d'argent ; tant de juges criminels ? à bien prendre, pour acquitter les dettes qu'ils contractent pour acheter leurs offices. »

[2] Lamoignon, lors des conférences (sur l'article 9 du titre Ier), rappela « que les gentilshommes n'ont rien de plus à cœur que la conservation de

pour que des idées vraiment généreuses puissent être inaugurées en matière de procédure criminelle, il faut que l'ordre soit établi au centre comme aux extrémités d'un pays, et qu'il y ait une police en mesure de maintenir la sûreté des personnes et des propriétés. Or, moins de cinq ans avant l'ordonnance, les grands jours de Clermont avaient révélé quel était l'état des choses pour les provinces, dans la seconde moitié du dix-septième siècle ; et à Paris même, à l'époque des conférences, les rues étaient encore infestées de truands le soir. Ce n'est pas Boileau seul qui nous marque qu'à la nuit venue les voleurs « s'emparent de la ville ; » les auteurs contemporains témoignent de la même révolution et de la difficulté qu'il y avait dans la capitale à se prémunir contre les filous et les voleurs de nuit[1].

17. Ces ménagements étaient nécessaires pour apprécier l'œuvre des rédacteurs de l'Ordonnance. L'histoire en a retenu particulièrement les noms des trois plus célèbres d'entre eux, Pussort, Lamoignon et Talon, et, à l'occasion de ce travail, elle les a plus jugés sur leurs précédents et leur popularité que sur les tendances qu'ils ont révélées lors de la discussion de l'Ordonnance.

Henri Pussort, conseiller d'État, oncle maternel de Colbert, avait marqué dans le procès de Fouquet. Lorsque celui-ci avait été sur le point de donner son vote, il avait passé quatre heures et avait voté pour la mort. L'opinion publique, qui ne s'était pas montrée cruelle pour le surintendant, s'en souvenait et lui en gardait rancune. Le président de Lamoignon avait, au contraire, refusé de présider la Commission qui devait juger le surintendant. Il avait une sage tolérance à une piété généreuse et était lié avec Boileau, dont les vers feront passer son nom chez nos derniers neveux[2]. Quant à Denis Talon, il avait rempli avec beaucoup d'intégrité les fonctions de procureur général dans le procès de

leurs justices, sans qu'il n'y ait rien qui les distingue plus d'avec les autres objets de vol, que l'avantage de faire revivre à jamais en leur nom. »

[1] Voir ce tableau animé, publié en 1660.

[2] « On travaille diligemment à nettoyer les rues de Paris, qui se feront jusques à huit ; on parle aussi d'établir un grand arrêt contre les filous et voleurs de nuit pour l'hiver prochain. » — Guy Patin, lettre du 30 octobre 1660 ; Nouvelle Revue, t. III, p. 124.

[3] Guy Patin le proclame « le plus savant de longue robe qui soit en France. » — Op. cit., lettre du 16 février 1668, t. III, p. 124.

Fouquet, et cette indépendance avait déplu à Colbert, qui avait trouvé le moyen de le faire renvoyer et remplacer par M. de Chamillart.

18. De ces trois hommes, Pussort, qui avait eu une grande part à la rédaction de l'ordonnance sur la procédure civile, était celui qui, *comme le plus ami de César* [1], conservait encore la plus haute influence sur la rédaction de l'ordonnance criminelle. Il était, de l'avis de tous, le principal auteur de la nouvelle ordonnance, dont il défendit comme sien le texte lors des conférences ; aussi voulait-il généralement *que tout passât comme il était écrit*, bien qu'il ne se soit pas toujours montré hostile à quelques améliorations qui ont surgi de la discussion [2].

Pussort était peu novateur, mais il était guidé par les instincts du pouvoir ; et, si la majorité avait partagé ses idées, on aurait honorifiquement conservé aux seigneurs le droit abstrait de justice, mais on leur en aurait enlevé partout l'exercice, ce qui eût été une amélioration réelle et un soulagement évident pour le peuple. Sous ce rapport, Lamoignon et Talon, plus fidèles aux traditions, ne s'élevaient pas à la même hauteur de vues d'organisation. Ces deux derniers ont été sans doute moins rudes que Pussort sur certains points de procédure, mais, en réalité, pas plus que lui ils n'ont élevé la voix pour la libre défense des accusés, la publicité du débat et l'audition des témoins par les juges à l'audience. Ils réglementaient la torture, sans avoir le moins du monde confiance dans son efficacité, mais sans protester autrement contre elle dans la discussion. Pussort paraissait même le mieux disposé pour l'abandonner ; mais cette idée d'abandon ne fut reprise par personne, et le président de Lamoignon, qui était au fond dans les mêmes tendances, se borna à dire qu'il n'avait là-dessus que son sentiment particulier.

19. La lecture attentive des conférences nous a convaincu

[1] Dans un écrit satirique du temps, on lui fait dire au sujet de Fouquet : « Si vous ne le condamnez pas, vous n'êtes pas ami de César. » — Voir *la Passion de M. Fouquet* dans les *Variétés historiques et littéraires*, revues et annotées par Ed. Fournier, et éditées par Jannet, t. V, p. 86 et suiv.

[2] « On examine chez M. le chancelier les articles du Code criminel où M. Pussort, qui l'a dressé, se defend fortement contre les objections que ces MM. les députés ne veulent point approuver. On croit qu'il est bien assuré de la faveur, et que *nititur jure suo* ; aussi veut-il que tout passe comme il est écrit. » — Gui Patin, *op. cit.*, lettre du 25 juin 1670, t. III, p. 754.

qu'on avait surfait la mémoire de Pussort, de Lamoignon et de Talon, quant à leur collaboration à l'ensemble de l'ordonnance criminelle, et qu'il n'y a eu, bien que l'esprit n'ait pas été tout à fait le même, ni résistance obstinée chez le premier, ni tendances habituelles à des réformes sur les points vraiment cardinaux de la procédure criminelle chez les deux autres. En réalité, et tout pesé et débattu, s'il m'est permis de m'exprimer ainsi, chez tous trois l'empire des traditions et la crainte des innovations l'ont emporté, à peu près à même dose, sur le développement des idées d'une justice plus généreuse et moins secrète [1]. Pour faire une œuvre digne du grand siècle, il aurait fallu commencer par renverser le monument de l'ancienne procédure, et nul ne songea, au contraire, en 1670, qu'à le restaurer et à le consolider.

II.

20. L'Ordonnance contient des règles de compétence et des règles de procédure. Sans entrer dans l'examen détaillé de chacune d'elles, il convient d'exposer sommairement les unes et les autres, tant pour apprécier avec certitude les réformations introduites que pour connaître l'ensemble des lois d'instruction criminelle antérieures à 1789.

Chapitre Ier. — Des règles de compétence établies par l'ordonnance.

21. I. Le juge du lieu du délit est seul compétent pour informer (art. 1er du titre Ier). — Cette règle n'était pas du droit nouveau, mais une consécration du principe déjà posé dans l'article 19 de l'ordonnance de Roussillon et dans l'article 35 de l'ordonnance de Moulins. Elle avait été introduite pour faire brèche aux droits des seigneurs, qui avaient eu longtemps la revendication du jugement des crimes commis par les accusés domiciliés dans leur justice. La compétence du *forum delicti com-*

[1] Ils cédaient tous trois au temps, et plus tard d'Aguesseau lui-même y cédait. Ce n'est pas sans étonnement qu'on lit aujourd'hui ces paroles, qu'il mit à la suite de son jugement sur l'ordonnance civile : « L'ordonnance de 1670 est plus parfaite que celle de 1667, parce que le plan est meilleur, et qu'il ne paraît guère possible s'en trouver un plus convenable au bien de la justice. »

missi simplifiait la procédure ; elle assurait mieux la répression des crimes, et elle empêchait des accommodements toujours plus faciles à ménager à distance du lieu du fait. — Cette règle cessait toutefois lorsque, l'information étant commencée ailleurs, ni l'accusé, ni la partie civile, ni aucune autre partie ne demandaient le renvoi (art. 2, 3 et 4 du même titre).

22. II. Le juge royal, bailli ou sénéchal, a droit de prévention en toute matière sur les juges des seigneurs, si ceux-ci n'ont pas informé et décrété dans les vingt-quatre heures (art. 9 du titre Ier de l'ordonnance). — Le texte primitif de cet article 9 portait : « Nos juges préviendront les juges subalternes et non royaux de leur ressort, s'ils ont décrété et informé en même jour. » Cette prévention de tous juges royaux, baillis, sénéchaux, ou prévôts des maréchaux, aurait ruiné entièrement les justices seigneuriales. Le président de Lamoignon plaida en faveur des seigneurs, « et d'un ordre peut-être aussi ancien que la monarchie. » Après une discussion assez vive, le commissaire Pussort consentit à une rédaction modifiant le texte primitif en ce sens que la prévention parmi les juges royaux n'appartiendrait qu'aux baillis et sénéchaux, et à l'expiration d'un délai de vingt-quatre heures laissé aux juges des seigneurs pour commencer la poursuite (art. 9 du titre Ier). On laissa ainsi vivre les justices seigneuriales [1], mais elles restèrent sans puissance et presque agonisantes, parce que leur compétence pouvait être toujours contestée.

23. III. Les baillis, sénéchaux et juges présidiaux connaissent, privativement à tous autres juges et à ceux des seigneurs, des cas royaux (art. 9 du titre Ier). — La définition des cas royaux n'était pas tracée limitativement dans la loi (même article). On y comprenait toutes les affaires politiques et qui intéressaient l'ordre public ; à ce titre, on aurait pu ranger sous cette qualifi-

[1] Loiseau n'avait pas été seul à demander leur suppression. (Voir *suprà*, n° 12.) Chenu, *Livre des offices de France*, tit. XLII, ch. Ier (édition de 1620), s'élevait ainsi contre elles : « Je dirai donc franchement que le simple peuple recevroit un très-grand bien et soulagement, si, en France, n'y avoit autres justices que royales, et en chacune ville un seul degré de juridiction ordinaire. » — Gui Coquille, qui écrivait dans un temps de dissection des offices, voulait aussi qu'on dépeuplât les palais et auditoires de tant d'officiers, avocats et procureurs, *pour repeupler les métiers et exercices d'honnête marchandise et labeur.*

cation tous les délits, puisque tous ou à peu près constituent un trouble à la paix publique.

24. IV. Il n'y a que deux degrés de juridiction en matière criminelle dans les cas qui méritent peine afflictive, et les appellations de toutes sentences préparatoires, interlocutoires ou définitives doivent être directement portées au parlement. Dans les autres cas, les accusés ont l'option de porter l'appel ou pardevant les baillis et sénéchaux, ou en la cour (art. 1er du titre XXVI). — Cette disposition a un double objet : elle étend le contrôle des parlements sur tous les actes importants de la procédure criminelle, en les rendant juges d'appel de toutes les décisions tant des juges des seigneurs que des juges royaux, au cas où la décision peut avoir trait à une peine afflictive, et elle abrège aussi les procès en retranchant les degrés de juridiction en matière criminelle.

Cette disposition est un progrès sur la législation antérieure de la matière. Suivant l'article 22 de l'édit de Crémieu, réglementaire du droit d'appel, lorsqu'il s'agissait de sentences portant condamnation à peine afflictive, si l'accusé appelait à la cour, son appel devait y être porté *omisso medio ;* dans le cas, au contraire, où il appelait purement et simplement, sans dire devant quels juges, l'appel devait être jugé d'abord par les baillis et sénéchaux, et ensuite à nouveau par la cour. Lorsqu'il ne s'agissait que de moindres peines, on suivait l'ordre des juridictions lors même que les accusés déclaraient formellement appeler au parlement ; et, malgré cette déclaration explicite, on les obligeait à passer par l'intermédiaire des bailliages et sénéchaussées, et à parcourir les trois degrés de juridiction quand, par une singulière bizarrerie, ils pouvaient en omettre un pour les peines les plus graves.

Dès 1541, François Ier dérogeait, du reste, à l'édit de Crémieu. Par déclaration du 20 novembre, il mettait dans une catégorie les sentences définitives portant peine afflictive, et dans une autre les sentences ou portant une peine non afflictive, ou, en toute matière, purement préparatoires et interlocutoires. Les appels des premières devaient être invariablement portés aux parlements ; les autres appels allaient toujours devant les juges du ressort. Comme la question elle-même n'était qu'une sentence préparatoire, il en résultait que les parlements étaient

destitués du droit de connaître des appels en cette matière. Au surplus, le Parlement de Paris, en enregistrant cette déclaration, la modifia de manière à conserver son droit de contrôle sur l'ensemble de la justice criminelle, et en ordonnant qu'il serait en l'option et élection des pauvres prisonniers, appelants de l'emprisonnement et longue détention de leurs personnes, ou du refus ou déni de droit, *d'appeler nuement, en ladite Cour, des torts et griefs prétendus à eux faits par lesdits juges.*

La disposition de l'ordonnance de 1670 est meilleure sur ce point que tout ce qui l'a précédée. Avec elle, il n'y aura jamais que deux degrés de juridiction. Pour les délits légers, les accusés ont l'option entre les juges, baillis ou sénéchaux et les parlements, mais sans pouvoir retourner au parlement quand ils ont une fois choisi les premiers. A l'inverse, pour toutes les sentences, tant définitives que préparatoires et interlocutoires, dans les accusations qui méritent peine afflictive, l'appel va toujours au parlement.

25. V. Si la sentence des premiers juges porte condamnation de peine corporelle, des galères, de bannissement à perpétuité, d'amende honorable, ou application à la question, l'appel est forcé, quand même la partie publique et le condamné acquiescent au jugement (art. 6 du titre XXVI). — Cette règle était fort sage, et si elle n'a plus été inscrite dans nos lois nouvelles, c'est parce qu'en matière de grand criminel il n'y a qu'un degré de juridiction et que, pour les affaires correctionnelles, les intérêts engagés étant moindres, il convient de laisser le prévenu tout à fait libre d'user ou non des voies de recours qui lui sont facultativement ouvertes par la loi.

Dans la rédaction primitive de l'Ordonnance, et par une singulière prétérition, on admettait l'accusé à acquiescer à la sentence qui le condamnait à la question, et s'il n'y avait point d'appel ou s'il n'était interjeté que depuis qu'on avait commencé de donner la question, il devait être passé outre. — C'est à l'avocat général Talon que revient l'honneur d'avoir fait observer que, par un argument *à fortiori* et par une conséquence nécessaire du principe des deux degrés de juridiction pour tous les avant-faire-droit des cas graves, celui qui était condamné à la question devait toujours être transféré, quand même il n'y aurait point d'appel interjeté par lui.

26. VI. Les matières criminelles étant indivisibles, si, de deux accusés, l'un est condamné et l'autre absous, encore que la partie publique ou la partie civile n'aient point relevé appel à l'égard de ce dernier, ils n'en seront pas moins envoyés tous deux à la cour pour l'appel (art. 8 du titre VI). — Nous avons aujourd'hui un principe contraire; mais le peu de confiance qu'on avait dans les premiers juges amenait, en 1670, à adopter une décision toute différente. On était même si disposé à ne pas faire état du premier degré de juridiction, que l'appellation de l'un des accusés entraînait devant la cour le procès de tous les autres, alors même que ceux-ci n'avaient pas encore été jugés (art. 7 du même titre). Il était de principe alors que la responsabilité de chacun des accusés, au regard de l'appel, était *collégiale;* elle reste aujourd'hui, dans les cas ordinaires, purement *individuelle.*

Sous l'empire de l'Ordonnance, le recours au second degré de juridiction cessait seulement d'avoir lieu lorsqu'il y avait acquittement de tous les accusés ou du seul accusé mis en cause et qu'aucun appel n'était interjeté par la partie publique ou par la partie civile.

27. VII. Les cas prévôtaux sont jugés en dernier ressort, mais il est enjoint aux juges subalternes de faire statuer au préalable sur leur compétence (art. 17 du titre Ier et art. 15 du titre II).

Les cas prévôtaux étaient instruits ou par les prévôts des maréchaux, ou par les lieutenants criminels des présidiaux [1], mais les uns et les autres étaient tenus d'abord de déclarer aux accusés qu'ils entendaient les juger prévôtalement et ensuite, dans les trois jours, de faire juger leur compétence.

Les lieutenants criminels, chefs de la justice criminelle près des présidiaux, étaient des officiers publics mieux choisis que les prévôts des maréchaux, mais il n'en eût pas moins été dangereux de laisser à l'arbitrage d'un seul le soin de décider si un accusé serait ou non privé d'un degré de juridiction. Quant aux prévôts des maréchaux, leurs habitudes expéditives commandaient plus particulièrement encore l'entrave qui leur avait été opposée. Le passé était là pour témoigner combien l'exécution de cette prescription était utile en ce qui les concerne. Elle leur

[1] Ils avaient été établis par François Ier.

était imposée dès avant 1670, mais il paraît que précédemment ils ne s'y étaient pas toujours assujettis [1].

Les cas prévôtaux étaient certains crimes qu'on voulait soumettre à une répression plus prompte et plus terrifiante. On y comprenait des crimes de source toute féodale, ainsi les assemblées illicites avec port d'armes, les levées de gens de guerre sans commission du roi, et, parmi les autres faits, les vols de grands chemins, les assassinats, etc., par quelques personnes que ces crimes fussent commis, et généralement tous les crimes commis par les vagabonds, gens sans aveu et sans domicile, ou qui avaient été condamnés à peine corporelle, bannissement ou amende honorable (art. 12 du titre Ier).

28. Cette mise hors de la loi commune des vagabonds se retrouve, au commencement du dix-neuvième siècle, dans l'exposé des motifs du Code pénal, où on lit ces paroles singulières et assurément peu chrétiennes : « La loi considère le vagabond, par le seul fait de sa condamnation, comme s'il n'était pas membre de la cité, et ne voit en lui qu'un être incessamment dangereux ou nuisible pour elle. »

29. L'article 19 du titre Ier conserve aux juges du Châtelet de Paris la faculté de déclarer aux accusés, lors du dernier interrogatoire sur la sellette, qu'ils seront jugés en dernier ressort lorsqu'on s'apercevait tardivement qu'ils étaient vagabonds ou repris de justice. A ce sujet, nous apprenons par le procès-verbal de l'ordonnance qu'on avait dès lors au Châtelet un commencement de ces sommiers de condamnation qui ont reçu toute la perfection dont ils sont peut-être susceptibles par l'institution, dans ces dernières années, des casiers judiciaires d'arrondissement. Pussort nous y marque qu'un des juges, pendant le rapport du procès, a devant lui et parcourt un registre qu'on appelle le *livre rouge*, dans lequel les noms des condamnés sont insérés, et, s'il arrive que celui qui répond sur la sellette soit

[1] Malheureusement, de justes réclamations n'avaient pu se produire parfois qu'à la mort des condamnés. La preuve s'en tire de l'article 11 de l'édit d'août 1564, de Charles IX, portant : « N'entendons toutefois, par ces présentes, déroger à l'édit fait en l'an 1549 par le feu roi, notre très-honoré seigneur et père, permettant aux parents *de l'exécuté* recourir à nous par plainte contre les jugements donnés par lesdits prévôts, vice-baillis, vice-sénéchaux ou leurs lieutenants. »

du nombre de ceux qui sont inscrits dans le registre, on l'interroge à ce sujet, et si, par les éclaircissements que les juges tirent soit de sa bouche, soit du greffe, il se découvre qu'il ait été déjà repris de justice, on lui déclare qu'il sera jugé en dernier ressort. La récidive rendait ainsi la procédure plus rigoureuse, quand elle n'aurait dû avoir d'effet que sur l'élévation de la peine. Aujourd'hui, la recherche des antécédents se fait avant le débat; le contrôle en est ainsi mieux assuré, et le juge moins distrait à l'audience que ne l'était celui qui, au Châtelet, feuilletait le livre rouge, tout en donnant une part plus ou moins grande de son attention au rapport de l'affaire.

CHAPITRE II. — De la procédure établie par l'ordonnance.

30. La procédure établie par l'ordonnance se divise en trois phases distinctes : 1° l'instruction préparatoire ; 2° l'instruction définitive ; 3° l'examen de l'instruction par les juges assemblés, le jugement et l'exécution.

1re SECTION. — *De l'instruction préparatoire.*

31. La poursuite était intentée soit sur l'initiative prise par la partie publique, soit sur la plainte de la partie civile, soit d'office par le juge ayant connaissance du fait par lui-même ou par une dénonciation.

32. Les cas royaux et prévôtaux en partie exceptés, la tendance du législateur était que les procès fussent suivis par les parties civiles[1]; elles exerçaient ainsi sur la marche de la procédure une influence qui ne leur est plus conservée aujourd'hui, puisqu'elles ne peuvent que s'opposer aux ordonnances de mise en liberté et de non-lieu, sans avoir jamais communication nécessaire, au cours de la procédure, soit des interrogatoires, soit des dépositions des témoins produits par l'inculpé ou entendus à l'appui de la plainte.

[1] Dans des vues d'économie, et malgré des recommandations aux officiers de justice de poursuivre les crimes graves, il en était bien peu, dans la pratique, qui les poursuivissent avec diligence. — Une bourgeoise de Paris dit, dans les *Caquets de l'accouchée* (p. 36 de l'édition déjà citée de Jannet) : « Mon mari a poursuivi et fait prendre plusieurs voleurs, mais parce qu'il ne s'est pas voulu rendre partie, on les a élargis. »

On préférait, dans les cas les plus ordinaires, la poursuite de la partie civile, parce qu'on partait de l'idée qu'elle était le principal offensé et que, par réminiscence du passé, on ne mettait la société que sur le second plan.

33. Quant au ministère public, on voit croître son influence sur la poursuite, mais cependant il n'a encore qu'une autorité de surveillance sur certains actes plutôt que d'entière initiative, et le juge conserve, même hors le cas de flagrant délit, le droit d'informer sans le préalable des conclusions du ministère public. Dans la réalité, le ministère public ne pouvait avoir une existence forte et indépendante que lorsqu'il aurait une autorité de centralisation, et il ne pouvait y avoir d'unité tant qu'à côté des gens du roi on maintenait les gens du seigneur.

34. En ce qui concerne le droit d'initiative du juge, l'ordonnance le réglemente et le régularise par certaines communications qui doivent être faites au ministère public, mais elle le laisse subsister. La tendance était de le diminuer, mais on n'ose pas encore le supprimer, car, à bien des points de vue, l'Ordonnance est une œuvre de conciliation.

35. Cette pensée de conciliation entre deux principes opposés se retrouve dans l'article 19 du titre XXV. Après avoir enjoint, dans la première partie de cet article, aux procureurs du roi et à ceux des seigneurs de poursuivre incessamment ceux qui seront prévenus de crimes capitaux ou auxquels il écherra peine afflictive, nonobstant toutes transactions faites par les parties, on déclare que pour tous les autres cas les transactions seront exécutées, sans qu'il puisse être fait aucune poursuite par les procureurs du roi et ceux des seigneurs. Si l'on songe, du reste, que la plupart des faits délictueux étaient alors punis de peines afflictives, on trouvera ce pouvoir de péremption de l'action publique par la transaction assez peu considérable et ne s'appliquant guère qu'aux injures, aux coups sans gravité et à certaines contraventions punies maintenant de peines de simple police. Or, aujourd'hui, en pareilles matières, la transaction n'est pas encore destituée de toute espèce d'influence sur la poursuite, et il est de bonne administration de laisser de côté de si minces méfaits, quand la partie lésée se proclame satisfaite par avance.

36. Si l'ordonnance a formulé une interdiction absolue de poursuite au cas de transaction, ç'a été pour couper court à un

abus bien réel. L'expérience révélait que dans les petites justices les seigneurs se montraient fort empressés à faire poursuivre les moindres peccadilles, quand ces poursuites pouvaient leur rapporter quelque chose; on prit donc un parti fort sage en enjoignant à leurs procureurs d'office de s'arrêter en présence du désistement des parties lésées.

37. Lors de l'information, les témoins étaient administrés par les procureurs du roi ou d'office, ou par les parties civiles (art. 1er du titre VI). Le juge pouvait aussi faire appeler tous ceux qu'il jugeait utiles (*passim* dans les interprètes, et notamment Jousse dans son *Commentaire de l'ordonnance criminelle*, sur l'article cité).

38. L'Ordonnance interdit l'audition du témoin par tout autre que par le juge, et elle recommande (titre VI, art. 10) que « la déposition de chacun témoin soit rédigée à charge comme à décharge. » On n'a heureusement pas supposé qu'il fût nécessaire d'inscrire une pareille prescription dans nos Codes en vigueur, mais l'expérience du passé démontrait alors qu'il était bon d'en faire la mention. Papon marque, en effet[1], qu'il s'est trouvé des interrogateurs qui ont voulu prendre seulement *ce qui faisait à charge contre les accusés* et ont laissé ce qui faisait à leur innocence, et, de ce admonestés, se sont excusés en disant qu'ils étaient commis sur le fait de la plainte et non sur la justification.

39. L'instruction terminée, les décrets en vertu desquels il devait être procédé à l'interrogatoire étaient rendus sur les conclusions des procureurs du roi et de ceux des seigneurs (art. 1er du titre X). Dans le projet de l'Ordonnance, il était dit que les procureurs ne pourraient prendre ni recevoir aucunes épices ni droits pour ces conclusions ; mais cette interdiction fut retranchée sur les observations du premier président de Lamoignon, qui fit remarquer qu'on enlevait ainsi aux substituts du procureur général les principaux droits de leur charge. Le projet, amendé d'après ces observations et contrairement à la pensée de Pussort, avait l'inconvénient, en intéressant ces officiers dans la capture des prisonniers, d'amoindrir aux yeux du public l'indépendance de leurs conclusions, en permettant de supposer qu'ils pourraient

[1] Dans son *Notaire*, t. II, liv. VII, p. 514 et 516.

être disposés à requérir des décrets avec facilité et sans fondement, pour être ainsi mis à même de bénéficier de leur délivrance. Mais, selon l'expression de Talon[1], le temps ne permettait pas encore que les juges eussent les mains nettes et pures et ne reçussent des parties aucun salaire de leur travail.

40. L'Ordonnance ne disait pas si le décret était décerné par un seul juge ou par plusieurs; à cet égard, il ne paraît pas y avoir eu de jurisprudence fixe, quoique, dans la grande généralité des cas, le décret ait dû émaner d'un seul juge. On peut conjecturer que ce n'était qu'exceptionnellement qu'il devenait l'œuvre d'un tribunal ou d'une Cour.

41. Les décrets étaient appelés ou *d'assigné pour être ouï*, ou *d'ajournement personnel*, ou *de prise de corps* (art. 2 du même titre). Les décrets d'assigné pour être ouï et d'ajournement personnel se confondaient à peu près par leur objet le plus essentiel, qui était de laisser le décrété en liberté, sauf que le premier de ces décrets s'employait assez volontiers contre les officiers publics pour éviter de leur faire encourir la suspension de leurs fonctions (art. 10 du même titre). Ces deux premiers décrets se rapprochaient beaucoup de notre mandat de comparution.— Le décret de prise de corps, réservé pour les cas les plus graves, amenait comme conséquence nécessaire la capture de la personne de l'accusé et réunissait en lui seul les caractères de nos mandats d'amener, d'arrêt et de dépôt. Une fois que le décret de prise de corps avait été lancé, il ne pouvait plus être levé sans l'intervention des juges assemblés, quel qu'eût été le résultat de l'interrogatoire[2]; il en a été ainsi du mandat de dépôt jusqu'à la loi du 4 avril 1855.

42. Nous voyons dans le texte de l'Ordonnance que les cours avaient la faculté d'autoriser un subterfuge, et, quand elles décernaient un décret d'assigné pour être ouï ou d'ajournement personnel, de décider à l'avance que celui qui en était l'objet serait arrêté en comparaissant (art. 7 du titre X). C'était une voie détournée que l'on essayait pour tendre un piége aux personnes

[1] Voir le procès-verbal des conférences sur l'article 1er du titre X.

[2] L'article 23 du titre X ne le disait pas positivement, mais l'unanimité de la pratique admettait que l'élargissement, en pareil cas, ne pouvait être ordonné que de l'avis de tout le siége (Voir notamment Jousse, *Commentaire de l'ordonnance criminelle*, sur ledit article).

puissantes et pour s'assurer ainsi plus facilement de leur capture [1]. Comme le dit, à cette occasion, l'avocat général Talon, mieux vaut cette innocente surprise que d'exposer les ministres de la justice à assiéger un criminel dans un château et à l'enlever de force.

43. L'emprisonnement, dans certains cas, pouvait précéder le décret et alors l'incarcération avait lieu sans aucune réquisition du ministère public. Il en était ainsi : 1° lorsque le délinquant était arrêté en flagrant délit ; 2° lorsque le cas était si grave qu'il semblait au juge qu'il y avait des inconvénients à user d'une temporisation [2].

44. Le décrété était interrogé et, avant son interrogatoire, il prêtait serment (art. 7 du titre XIV). Le serment, dont l'ordonnance de 1539 dispensait lors du premier interrogatoire, a été une innovation de l'ordonnance de 1670. Lamoignon fit d'énergiques, mais infructueux efforts pour faire rejeter ce serment préalable, qui fut emprunté assez rétrospectivement et assez malheureusement par le dix-septième siècle au *Directoire des inquisiteurs*, publié vers l'an 1360 par Eméricus.

L'interrogatoire, quand il était terminé [3], était communiqué au procureur du roi ou fiscal et à la partie civile (art. 17 et 18 du même titre).

45. L'affaire, mais non encore l'accusé en personne, allait alors devant les juges assemblés. Au vu des premières charges,

[1] C'est sous l'empire d'une idée analogue qu'avait été édictée la disposition de l'article 15 du titre II de l'ordonnance civile de 1667. On y avait inscrit que : « Ceux qui demeurent ès châteaux et maisons fortes seront tenus d'élire domicile en la plus prochaine ville; sinon les exploits qui leur seront faits au domicile, ou aux personnes de leurs fermiers, juges, procureurs d'office ou greffiers, vaudront comme à leur propre personne ou domicile. »

[2] On disait à ce sujet : *décret de prise de corps et emprisonnement sont deux choses différentes.* (Jousse, *op. cit.*, sur l'article 1er du titre X.)

[3] L'interrogatoire devait être commencé, au moins pour l'un des accusés s'il y en avait plusieurs, au plus tard dans les vingt-quatre heures après l'emprisonnement (art. 1er du titre X). — Jousse atteste toutefois (*op. et loc. cit.*) que cette disposition, sans sanction, était assez mal observée, et qu'il n'arrivait que trop souvent par la négligence des juges que les accusés étaient quelquefois huit jours entiers dans les prisons, et souvent même plus longtemps sans être interrogés.

ils décidaient si le procès serait converti en procès civil ou si, au contraire, il serait réglé à l'extraordinaire.

La conversion du procès criminel en procès civil avait lieu lorsque les juges, après examen de la procédure, estimaient que le fait n'était pas passible de peines corporelles ou infamantes; l'accusé, s'il avait été précédemment arrêté, était alors mis en liberté. C'est ce qu'on appelait *civiliser* le procès, dont la connaissance restait toujours dévolue au juge du criminel et non du civil, à cause de son origine à fin d'information [1]. Dans le cas, au contraire, où le fait paraissait de nature à entraîner des peines corporelles ou infamantes, il était procédé au règlement à l'extraordinaire (art. 1er du titre XV). C'est à la suite de ce premier jugement qu'avaient lieu les récolements et les confrontations, et c'est seulement à partir de ce moment que commençait la procédure extraordinaire. Ce jugement, qui a quelque rapport avec les ordonnances actuelles de nos juges d'instruction portant renvoi au tribunal correctionnel ou à la chambre d'accusation, était rendu à la Chambre du conseil, comme l'étaient du reste les jugements du fond, par trois juges si le jugement était à la charge de l'appel, et par sept lorsque le jugement était en dernier ressort [2].

Dans les cas où il y avait une partie civile, c'était elle qui, après l'interrogatoire, présentait une requête pour qu'il fût ordonné que les témoins seraient récolés et confrontés.

2e SECTION. — *De l'instruction définitive.*

46. Le premier acte de l'instruction définitive était le récolement des témoins.

Le récolement était un rouage inutile dans l'ordonnance nou-

[1] L'ordonnance ne dit pas ce qui arrivait lorsqu'il n'y avait pas d'autre partie que le procureur du roi ou fiscal; en pareil cas, on ne pouvait recevoir les parties en procès ordinaire, et il est probable que lorsque les faits avaient perdu de leur gravité ou étaient insuffisamment prouvés, on arrêtait en Chambre du conseil, à cette époque de la procédure, qu'on ne pousserait pas plus loin l'affaire.

[2] Les seigneurs n'étaient obligés à garnir leur justice que d'un seul juge en titre, mais lorsqu'il y avait conclusions à peine afflictive, ils devaient faire venir pour le jugement deux officiers des siéges voisins lorsque, comme c'était le cas le plus ordinaire, ils ne les avaient pas chez eux (art. 10, tit. XXV).

velle ; il n'était propre qu'à occasionner des frais et des lenteurs. On l'a maintenu en 1670 pour obéir à la tradition, puisqu'il ne conservait plus alors le caractère d'utilité qu'il avait eu antérieurement.

Avec des officiers de bas étage et d'une impartialité fort suspecte [1], le récolement fait par le juge en personne offrait des garanties devenues inutiles du jour où on astreignait le même officier à procéder à l'instruction préparatoire et à l'instruction définitive.

Le but du récolement paraissait être toutefois de mieux assurer l'indépendance du témoin, et, pour qu'il ne pût être exercé aucune pression sur lui, l'accusé était le plus ordinairement en état au moment où s'opérait le récolement ; en outre, ce récolement était presque toujours suivi immédiatement de la confrontation pour éviter l'allocation d'une ultérieure et nouvelle indemnité aux témoins [2].

47. Si, après le jugement ordonnant le règlement à l'extraordinaire, le juge avait connaissance de nouveaux témoins, il pouvait les ouïr et devait les récoler comme les premiers (art. 1er du même titre). Il y avait ceci de particulier qu'alors le récolement pouvait suivre immédiatement la première audition et on en vient à se demander quel était alors le but du récolement, puisqu'on ne pouvait pas même alléguer que la seconde opération laissait au témoin le temps de la réflexion.

48. L'ordonnance de 1670 ne reproduit plus l'interdiction, contenue en celle de 1539, de récoler les témoins à décharge.

[1] Fontanon, sur l'article 153 de l'ordonnance de 1539, marque « qu'on permet ordinairement aux témoins sur le récolement interpréter leurs dépositions, et souvent de n'y pas persister s'ils sont en doute de la vérité du fait, car les notaires, tabellions et greffiers qui bien souvent procèdent à la confection de l'information se comportent fort mal en ce devoir, et, par malice ou ignorance, changent ou exagèrent les dépositions. »

[2] Charondas Le Caron, qui écrivait avant l'ordonnance, indique la pratique de son temps dans ses *Pandectes du droit français*, liv. IV, ch. VIII : « Pour éviter aux corruptions et subornations des témoins, a été justement ordonné que les accusés tiendront prison, et, s'ils ont été élargis, seront restreints, durant les récolements et confrontations, par plusieurs arrêts des parlements, mêmement de celui de Paris. » — L'ordonnance de 1670 n'innove pas à cet usage ; elle ne s'explique toutefois formellement que sur la nécessité de l'emprisonnement lors de la confrontation (art. 12 du titre XV).

Au contraire, si le récolement est omis à leur égard, le juge n'en aura pas moins égard à leurs déclarations (art. 10 du même titre).

49. Après le récolement, les témoins étaient appelés *testes alligati* ou enchaînés à leurs dépositions, et c'est alors, quand on avait exigé d'eux un double serment sur la vérité des faits, qu'on les confrontait à l'accusé, en leur demandant un troisième serment et en en réclamant un nouveau de l'accusé (art. 14 du même titre).

50. Au début de la confrontation, il était fait lecture à l'accusé de la déclaration du témoin, mais en la syncopant. Le juge lui faisait seulement connaître le nom, l'âge, la qualité, la demeure du témoin, la connaissance qu'il disait avoir des parties et s'il était leur parent ou allié, et il invitait en même temps l'accusé, qui voyait le témoin pour la première fois, à fournir sur-le-champ ou, comme on disait, *au pied levé* les reproches qu'il pouvait avoir contre lui, l'avertissant qu'il n'y serait plus reçu après avoir entendu lecture de la déposition (art. 15 et 16 du même titre).

Cette rigoureuse disposition, qui établit une forclusion contre la manifestation de la vérité et qui est empruntée à l'article 154 de l'ordonnance de 1539, passa sans observation lors de la lecture de l'article à la conférence. Précédemment, Dumoulin avait protesté contre tout délai fatal lorsqu'il apparaissait que le reproche était vraisemblable et non calomnieux, *alias constitutio iniqua*. Au moins eût-on pu réclamer, en 1670, ce que Bourdin, dans sa paraphrase de cette même ordonnance de 1539, disait *se faire d'équité* et qui permettait à l'accusé qui était en prison de proposer ses reproches *dans quelque petit intervalle de temps*, s'il dit et affirme que les reproches sont depuis peu venus à sa connaissance [1].

Le seul tempérament qu'admette à la rigueur du principe le législateur de 1670 est inscrit dans l'article 20 du même titre où il est dit que l'accusé pourra néanmoins, en tout état de cause, proposer des reproches s'ils sont justifiés par écrit.

[1] Charondas Le Caron dit également (*op. et loc. cit.*), à l'égard de cet article 154 de l'ordonnance de 1539 : « Toutefois, ledit article ne s'observe si étroitement que si après la confrontation viennent quelques reproches à la connaissance de l'accusé, il ne puisse les proposer par requête présentée au juge, afin d'y avoir égard. »

La confrontation n'avait guère d'autre but que de faire connaître à l'accusé les déclarations des témoins [1]. On tenait, en effet, comme maxime que la déposition confirmée par le récolement avait mis en péril la vie de l'accusé, et M. Pussort, lors des conférences, a rapporté que lui-même se souvenait d'avoir envoyé des témoins prisonniers pour s'être rétractés lors de la confrontation. — M. de Lamoignon aurait voulu qu'on inscrivît dans la loi qu'on ne punirait comme faux témoins que ceux qui se rétracteraient absolument et non pas ceux qui ne feraient que varier dans quelque circonstance qui ne serait pas tout à fait essentielle. Cet amendement ne fut pas admis et Pussort coupa court à la discussion en répliquant qu'on avait cru l'article nécessaire à la sûreté publique.

51. S'il y avait plusieurs accusés, ils étaient également confrontés les uns aux autres (art. 23 du même titre), et cette confrontation particulière se nommait *affrontation*. — Dans tous les cas, l'interrogatoire de l'accusé, même seul en cause, était soumis au récolement comme les déclarations des témoins.

52. Les faits justificatifs de l'accusé devaient être proposés par lui soit à la fin des confrontations, soit lors du récolement de ses interrogatoires. L'admission à la preuve de ces faits était ordonnée, s'il y avait lieu, par un jugement ou arrêt.

53. Enfin, cette seconde phase de la procédure se terminait par le dépôt des conclusions de la partie civile et des procureurs du roi ou d'office sur lesquelles le tribunal ou la Cour avait ensuite à statuer définitivement (art. 1er du titre XXIV).

3e SECTION. — *De l'examen de l'instruction par les juges assemblés, du jugement et de l'exécution.*

54. L'accusé qui jusqu'alors n'avait été en rapport qu'avec le juge commis pour l'instruction paraissait enfin devant ses juges

[1] Lors de la confrontation, si l'accusé remarquait dans la déposition du témoin quelque contrariété, ou circonstance qui pût éclairer le fait ou justifier son innocence, il pouvait requérir le juge d'interpeller le témoin de les reconnaître, sans pouvoir lui-même faire les interpellations au témoin (art. 22 du titre XV). — Le juge, du reste, ne pouvait de lui-même faire aucune interpellation au moment de la confrontation, son rôle n'étant plus alors que celui d'un simple médiateur entre le témoin et l'accusé (argument du même article).

assemblés à la Chambre et sans public [1]. Il y paraissait toutefois dans des conditions souvent peu rassurantes.

55. Un rapport d'ensemble de son affaire était fait et il était fréquemment confié au magistrat qui avait été chargé de l'information et qui avait nécessairement un parti pris dans l'affaire [2].

56. L'accusé comparaissait sans conseil, l'ordonnance de 1670 interdisant toute défense (art. 8 du titre XIV). Qu'eût été, d'ailleurs, cette défense sans garantie, presque toujours impuissante et qui, sans la présence d'un public échauffant l'orateur et soutenant sa parole, serait restée terne, décolorée et souvent même convaincue à l'avance de l'inutilité de ses efforts. Tout gisait, en effet, dans la lettre morte de la procédure et il n'y avait de vie active au procès que dans le dernier interrogatoire de l'accusé.

On craignait tant l'émotion pour le juge, qu'on réduisait au rôle d'un arithméticien pour la pesée des preuves, qu'il était interdit aux gens du roi ou des seigneurs de conclure autrement que par écrit et qu'on ne leur laissait pas même la faculté de motiver leurs conclusions (art. 3 du titre XXIV).

La défense orale était donc interdite, dans tous les cas, par l'ordonnance de 1670, comme elle l'avait été déjà par l'ordonnance de 1539 et comme elle l'était virtuellement depuis l'inauguration de la procédure inquisitoriale. Seulement, et en dehors de la défense supprimée au débat, l'ordonnance de 1539 n'avait point prohibé, sous les verroux, l'assistance d'un conseil. Dans tous les cas, sous son empire, l'accusé décrété de prise de corps

[1] « Es jugements des procès criminels, mêmement ceux qui sont des crimes capitaux, les juges, après le rapport du procès, doivent mander l'accusé pour le voir, ouïr et interroger sur le mérite d'icelui. » (Charondas, *op. et loc. cit.*)

[2] Il devait, en outre, être peu disposé à relever les nullités par lui commises au cours de l'instruction. C'était donc un secours assez illusoire qu'on avait donné aux accusés dans l'article 8 du titre XIV, où il était dit : « Laissons au devoir et à la religion des juges d'examiner avant le jugement s'il n'y a point de nullité dans la procédure. » — Au Parlement de Paris et dans d'autres grandes Compagnies, le commissaire qui avait fait l'instruction n'était jamais rapporteur du procès, mais l'usage était contraire dans les premières juridictions et même dans les présidiaux qui jugeaient en dernier ressort. Aussi, comme le remarquait Lamoignon, lors de la discussion de cet article, ces magistrats présumant toujours leur procédure bonne et valable, un accusé qui n'aura point d'autre secours se trouvera fort exposé.

pouvait communiquer avec ses parents, ses amis ou un homme de loi, mais seulement après la confrontation.

Dans les conférences, la question fut traitée à nouveau et l'assistance du conseil fut demandée, avec certaines restrictions, par Lamoignon. Il reconnaît « *qu'il ne serait pas raisonnable d'administrer conseil en toutes sortes de crimes et à tous les accusés*, et que quand il n'est question que d'un simple fait, d'une action où l'accusé n'a qu'à dénier ou qu'à confesser, alors il n'est point nécessaire de lui donner des personnes pour prendre conseil sur ce qu'il doit dire ou sur ce qu'il doit faire ; mais que quand il y a un grand nombre de faits, qui demandent une grande connaissance de ces matières et une longue discussion, on ne pouvait pas refuser ce secours à un accusé lequel serait incapable de démêler tout seul, quand même il n'aurait pas l'esprit accablé de sa disgrâce. »

Lamoignon n'exprime qu'en finissant la véritable raison qui exige l'assistance du conseil ou plutôt du défenseur et qui l'exige jusqu'à la fin du procès ; c'est le trouble de l'esprit chez un homme accablé de sa disgrâce. Mais tant est grande l'appréhension que le conseil ne puisse sauver un coupable qu'on consacre une singulière contradiction dans la loi. Ainsi on y établit qu'aucune communication n'aura lieu, même après l'interrogatoire pour les crimes capitaux ordinaires. Pour eux, l'isolement est permanent, et bien que les accusés soient en danger de vie, ils n'auront aucun secours (art. 9 du titre XIV). Quant aux accusés de crimes non capitaux [1], les juges pourront leur permettre des communications après l'interrogatoire (même article). Enfin, pour certains crimes ayant un caractère demi-civil et demi-criminel, et alors même que les faits paraîtraient pouvoir entraîner peine capitale, l'admission du conseil est facultative pour le juge. Les faits de cette catégorie sont le péculat, la concussion, la banqueroute frauduleuse, le vol de commis ou associés en affaires de finance ou banque, la fausseté de pièces, la supposition de part et les autres crimes où il s'agira de l'état des personnes (art. 8 du même titre).

57. Quelque assistance qui eût été accordée ou refusée à

[1] L'Ordonnance ne spécifiant pas les crimes capitaux, et les peines étant arbitraires, la qualification se trouvait dépendre entièrement de l'appréciation du juge.

l'accusé pendant l'information, il était, d'après les principes de l'Ordonnance, toujours seul lors du dernier interrogatoire qui se faisait devant tous ses juges, conviés à faire sortir par leurs efforts communs la vérité d'une bouche souvent jusque-là réfractaire et armés à ces fins d'un pouvoir redoutable soit pour l'admission ou le rejet des faits justificatifs, soit pour un complément d'information au moyen de la torture, soit enfin pour statuer définitivement sur le procès avec ou sans ces préalables.

58. L'Ordonnance n'indique pas par lequel des deux préalables, des faits justificatifs ou de la torture, il devait être commencé ; les faits justificatifs sont même relégués au dernier titre de l'Ordonnance. Quoi qu'il en soit, la raison, à défaut de texte, expliquait suffisamment qu'on ne pouvait pas mettre *par provision* à la torture un homme qui se disait à même de se justifier et qu'on devait par conséquent faire passer la justification avant l'application à la question.

59. Les faits justificatifs, dont l'appréciation était réservée aux Cours et tribunaux, n'étaient pas limités par la loi ; on y comprenait l'alibi, la légitime défense, la folie ou fureur de l'accusé, etc. Nous ne voyons pas sans surprise aujourd'hui ces exceptions péremptoires reléguées à la fin de la procédure (art. 1[er] du titre XXVIII) ; ce sont choses, en effet, qui chez nous se vérifient au début et pour lesquelles le juge d'instruction et le procureur impérial ont plénitude d'appréciation.

60. Il y avait une autre singularité dans cette information si scindée. L'insolvabilité de l'accusé n'empêchait pas la preuve des faits justificatifs, mais quand il pouvait faire face à la dépense de l'enquête elle incombait à sa charge. Telle était la règle générale d'après laquelle l'accusé était tenu de consigner au greffe la somme ordonnée par le juge pour payer les frais à faire à ce sujet, et ce n'était que très-subsidiairement que ces frais étaient payés par la partie civile, s'il y en avait une, ou par le roi et les seigneurs (art. 7 du même titre). Du reste, Bourdin, en paraphrasant l'article 159 de l'ordonnance de 1539, qui avait imposé la même obligation à l'accusé, la trouvait toute naturelle et croyait la justifier en disant : « C'est une maxime générale que tout ce qui est fait pour la délivrance ou décharge de l'accusé doit être fait à ses dépens et non de l'accusateur ; la raison en est que comme l'accusateur est obligé de fournir aux frais pour dresser

les instruments et actes servant à son accusation, faire les constatations et autres choses, l'accusé qui allègue les causes de son innocence en doit faire preuve à ses propres dépens. » Et si l'accusé reconnu innocent avait épuisé ses dernières ressources pour faire briller une vérité à la manifestation de laquelle la justice n'aurait pas dû se montrer plus indifférente que lui-même, il n'était pas reçu à répéter ses avances ! Telle est la conséquence à laquelle, sans observation d'aucune sorte, sont arrivés les rédacteurs de la nouvelle ordonnance.

61. Les faits justificatifs admis à l'enquête lors de la visite du procès étaient assujettis à un préalable qui en gênait la preuve. L'accusé était tenu de nommer ses témoins aussitôt qu'on lui donnait connaissance du jugement d'admission, et une fois qu'il avait désigné ses témoins il ne pouvait plus en désigner d'autres, par voie d'addition ou de substitution (art. 5 du même titre).

62. La preuve des faits justificatifs se faisait au moyen d'une enquête confiée à un juge (art. 6, *ibid.*). Quand cette enquête était terminée, ses résultats étaient communiqués au procureur du roi ou fiscal et à la partie civile (art. 8, *ibid.*).

63. Le dernier jugement interlocutoire, qui pouvait intervenir avant la décision définitive, était celui qui ordonnait la torture.

Il est curieux et triste de voir dans le procès-verbal des conférences que ceux qui réglementaient si soigneusement la torture ne croyaient pas eux-mêmes à son influence sur la bonne administration de la justice.

Le commissaire Pussort fait à cet égard une confession entière. Il reconnaît « que la question lui a toujours semblé inutile et que si on voulait ôter la prévention d'un usage ancien on trouverait qu'il est rare qu'elle ait tiré la vérité de la bouche d'un condamné. »

Le premier président, prenant la parole après lui, dit qu'il voyait de grandes raisons de l'ôter, mais qu'il n'avait que son sentiment particulier.

La question reste donc inscrite dans l'ordonnance nouvelle. On associe le bourreau à l'œuvre de la justice et de la magistrature, et quand le juge aura vainement interrogé par la parole, il se fera interrogateur par le supplice. On ne discute plus, une fois le principe posé, que pour savoir si on envisagera la question comme une peine ou comme une préparation à la peine. Quoi qu'il en

soit de cette discussion assez vaine, on s'accorde finalement à la considérer ailleurs comme une peine et on classe immédiatement après la mort naturelle, la question avec réserve de preuves, qui était une des espèces du genre (art. 13 du titre XXV).

64. La question, considérée comme mesure d'instruction, était appelée *préparatoire* et elle se distinguait de la question *préalable* au supplice, qu'on appelait aussi question *définitive*. Celle-ci n'était prononcée que lorsqu'il y avait eu condamnation à la peine de mort et qu'on espérait avoir du supplicié, en le torturant, la révélation de ses complices (art. 3 du titre XIX.) Quelle qu'en fût l'issue, elle ne sauvait jamais le révélateur [1]. Elle a survécu à la question préparatoire définitivement abolie par déclaration du roi Louis XVI, du 24 août 1780; la déclaration du 1er mai 1788 ne supprimait même la question préalable *qu'à titre d'essai*, mais, à un an de là, l'inauguration des principes de 1789 la supprimait de fait définitivement et sans plus ample informé.

65. Avant l'ordonnance de 1670, la question subie sans aveu de l'accusé purgeait l'accusation. Quand on n'avait pu, par la question, *rien gagner*, selon l'expression assez naïve de l'article 164 de l'ordonnance de 1539, il devait être fait droit sur l'absolution de l'accusé. L'article 2 du titre XIX de l'Ordonnance change cet état de choses. Il permet aux juges d'arrêter par avance que, nonobstant la condamnation à la question, les preuves subsisteront en leur entier pour pouvoir condamner l'accusé à toutes sortes de peines pécuniaires ou afflictives [2]. On n'en exceptait que la peine de mort à laquelle l'accusé qui avait souffert la question sans avouer ne pouvait pas être condamné s'il ne survenait pas ultérieurement de nouvelles preuves. Bizarre disposition qui faisait varier et graduer la peine *pro modo probationum* et qui per-

[1] Selon Serpillon, *Code criminel*, sur l'article 5 du titre XIX, il ne fallait pas *perdre cette occasion* d'avoir des révélations. Il a fallu aussi du temps, même en France, pour faire admettre que la peine de mort ne serait que la privation de la vie. — En France, la forme de la peine de mort dépend de l'arbitrage des juges, dit Charondas Le Caron, *op. cit.*, ch. XI.

[2] Avant l'ordonnance, s'il y avait quelque espèce de preuve douteuse, les parties pouvaient seulement, à l'issue de la question, être reçues en procès ordinaire pour débattre leurs intérêts civils. (Voir dans le *Recueil des ordonnances de Néron*, la paraphrase de Bourdin sur l'article 164 de l'ordonnance de 1539.)

mettait de trouver un homme assez convaincu pour le condamner aux galères pour toute sa vie, mais pas assez pour le faire mourir de la mort d'un criminel. Et cette cruelle contradiction était littéralement inscrite dans le jugement qui ordonnait la question, puisqu'elle ne pouvait avoir lieu que lorsque la preuve n'était pas complète et qu'on s'emparait après coup de cette preuve imparfaite pour prononcer telle peine que ce fût *citra mortem*.

66. Le président de Lamoignon aurait voulu qu'on rendît uniforme dans tout le royaume la manière de donner la question. Le commissaire Pussort répondit que cette description serait indécente dans une loi; on laissa donc l'usage réglementer et la durée et le mode d'administration de la question préparatoire, qui se divisait en *ordinaire* ou *extraordinaire*, selon le plus ou le moins d'intensité des tortures.

67. La durée de la question était ordinairement d'une heure et demie à deux heures [1], parce que, dit un commentateur de l'Ordonnance, « le patient, plus occupé de ses douleurs que des réponses qu'il doit faire, jure et s'emporte pendant le supplice. »

Cet auteur, qui écrivait en 1767 et qui était lieutenant criminel à Autun [2], raconte qu'il a vu donner deux fois cette question dans sa ville et que les deux accusés, n'ayant rien avoué, furent tous deux absous, mais ils le furent dans un état d'horrible mutilation. Les jambes de l'un de ces malheureux furent si fort brûlées qu'il fallut les lui couper l'une et l'autre; selon Serpillon, il aurait ainsi vécu plus de trente ans après, sans pieds et même sans jambes. Un autre très-robuste et accusé de dix ou douze crimes, *sans qu'il y en eût un seul parfaitement prouvé*, eut, lors de la torture, les pieds si fort calcinés qu'il s'en arracha, le même jour, les os avec des tenailles [3].

[1] Racine est donc d'une exactitude *historique*, quand il fait dire à son juge :

Bon ! cela fait toujours passer une heure ou deux.

(*Les Plaideurs*, acte III, sc. IV.)

[2] Serpillon, *Code criminel*, sur l'article 1er du titre XIX.

[3] Telles étaient les horreurs et les *inexpériences* de la pratique. C'est donc en vain que la doctrine réglementait gravement la question, en recommandant de considérer la force ou la faiblesse, le sexe, l'âge, la santé, le tempérament ou l'infirmité de l'accusé. Il y a loin, en effet, du récit de Serpillon au sage précepte de Faber (*Quæst. de torturâ*) : *Ità torqueat judex*

68. Signalerons-nous au moins comme une amélioration la disposition de l'Ordonnance qui interdisait (art. 12 du titre XIX) de soumettre plus d'une fois l'accusé à la question pour un même fait ? Cette amélioration était peu sérieuse, car d'abord s'il y avait plusieurs faits la question pouvait être réitérée, et ensuite, même au cas de fait unique, comme ceux qu'on soumettait à la torture restaient dès la première fois presque toujours estropiés pour la vie, le supplice qu'ils avaient souffert par provision les aurait, en dehors du texte de la loi, affranchis, dans la grande généralité des cas, des rigueurs et même des possibilités d'une nouvelle épreuve.

69. Les articles 7, 8 et 10 règlent ce qui a trait au triple interrogatoire que l'accusé soumis à la torture avait à subir avant le commencement de la question, pendant cette question et après. Ce dernier interrogatoire s'appelait interrogatoire *sur le matelas*, où gisait, après l'opération, l'accusé ou plutôt le supplicié.

70. Sortons maintenant de cette chambre de la question [1], éloignons nos yeux et nos pensées du sinistre drame à cinq personnages qui se passait entre le juge, le greffier, le médecin, le bourreau et la victime, et revenons devant les juges à bout de ressources nouvelles pour la découverte de la vérité et appelés à dire enfin le dernier mot sur le procès.

71. L'œuvre des juges restait difficile. Ces procédures souvent monumentales et parfois presque éternelles [2], aux éléments disparates et contradictoires entassés dans des sacs poudreux, ne pouvaient guère être bien saisies dans tous leurs détails que par les rapporteurs. Aussi, le juge, sans suivre et même sans chercher une conviction morale que les esprits les mieux habitués à l'analyse auraient eu souvent de l'impossibilité à se former, se posait un problème, et il le résolvait d'après les règles de ce qu'on

ut innocentiæ vel supplicio reum reddat incolumem. Mais que peut la sagesse pour régler une institution admise, comme l'esclavage, *contra naturam?*

[1] Pothier, conseiller au présidial en même temps que professeur en droit, ne voulut jamais entrer dans ces sombres lieux de dissection judiciaire, et nous voyons dans sa vie, mise en tête de l'édition de 1781, qu'on évita toujours de lui confier le rapport des procès criminels dans lesquels il pouvait y avoir lieu de faire ordonner la question.

[2] « En France, les procès criminels durent quelquefois plusieurs années. » — Jousse, préface de sa *Justice criminelle*.

appelait la théorie des preuves légales. La solution de ce problème était la condamnation ou l'absolution.

Il serait curieux de pouvoir suivre les proportions existant, avec la procédure de l'Ordonnance, entre les condamnations et les absolutions, comme on est à même de le faire très-aisément aujourd'hui à l'aide de nos statistiques ; mais les éléments nous manquent complétement pour ce calcul et il nous est impossible de dire, même approximativement, quel était le rapport des acquittements avec le nombre des poursuites.

72. Les jugements passaient à l'avis le plus doux, si le plus sévère ne prévalait d'une voix dans les procès qui se jugeaient à la charge de l'appel, et de deux dans ceux qui se jugeaient en dernier ressort (art. 12 du titre XXV). — Pour que les juges ne fussent pas échauffés par le repas du milieu du jour, *si des conclusions avaient été prises à mort*, le procès ne pouvait être jugé de relevée (art. 9 du même titre). Cette défense ne concernait, du reste, que les premiers juges, et on n'éprouvait pas la même défiance pour les compagnies supérieures.

73. Si le juge condamnait, l'exécution ne se séparait pas du jugement, et elle devait avoir lieu le jour même où le jugement était prononcé (art. 21 du même titre).

74. L'exécution de la peine avait lieu publiquement ; c'était, avec l'arrestation sur décret, le seul acte de la procédure criminelle qui ne fût pas enveloppé de mystère.

75. Les dépens de ces énormes procès n'étaient jamais mis à la charge du condamné [1], quand il n'y avait d'autre partie que les procureurs du roi ou d'office ; mais on les récupérait au moyen de l'amende que supportait toujours le condamné et dont le taux n'était pas déterminé par la loi.

[1] Pour les procès intentés par les gens du roi et par les juges royaux, le principe n'avait jamais été contesté ; on tenait pour maxime que *fiscus gratis laborat*. Quant à l'assimilation sur ce point des seigneurs au roi, Bacquet, *Traité des droits de justice*, ch. VII, n° 19, en donne les motifs en ces termes : « La raison de ce que dessus est, que le roi ayant fait ce bien, cet honneur et cette grâce d'octroyer aux ducs, marquis, comtes et autres seigneurs la justice en leurs terres et seigneuries, ils les doivent purger de malfaiteurs et gens mal-vivants, et à leurs dépens faire faire les recherches, poursuites et exécutions pour ce nécessaires, ainsi que le roi fait ès provinces de son royaume. »

Quand il y avait une partie civile qui triomphait, l'accusé lui payait les dépens.

Au cas d'acquittement, l'accusé ne supportait pas les frais autres que ceux afférents à ses faits justificatifs.

L'article 22 de ce titre de l'Ordonnance portait, au sujet des frais : « Voulons que ce qui a été ordonné pour les dépens en matière civile soit exécuté en matière criminelle. » Le président de Lamoignon était opposé à cette rédaction, mais Pussort fit remarquer que, « quelque absolution qui survienne, un accusé souffre toujours quelque diminution dans sa réputation, qui serait encore plus grande si on lui ôtait les dépens. » Cette fois, Pussort était plus dans le vrai que son contradicteur.

76. L'absolution et la condamnation étaient les issues les plus ordinaires; il y en avait toutefois une troisième que l'Ordonnance ne mentionnait pas, mais que son principal rédacteur déclarait n'être pas interdite [1] : c'était le plus amplement informé ; on en usait surtout quand il n'y avait que le procureur du roi de partie, pour permettre de reprendre plus tard le procès, s'il survenait de nouvelles charges. En pareil cas aussi on faisait supporter les dépens à l'accusé, s'il y avait une partie civile.

On distinguait deux espèces de plus amplement informé ; l'un à temps, l'autre indéfini. L'indéfini était appelé aussi *usque quo*, parce qu'il devait durer jusqu'à ce qu'on eût pu acquérir des preuves suffisantes pour arriver à la conviction de la culpabilité de l'accusé, qui restait, en attendant, *incerti dubiique statûs*. Le plus amplement informé indéfini était, selon les cas, accompagné de la continuation de la détention ou de la liberté. On le regardait, dit Muyart de Vouglans, comme plus rigoureux que les galères perpétuelles [2] ; aussi n'était-il ordonné que pour des crimes emportant peine capitale. Il empêchait toute prescription de l'action et laissait l'accusé rivé pendant toute sa vie au boulet de la prévention.

Le plus amplement informé à temps était afférent à des crimes punissables de peines moindres. Il était prononcé ordinairement

[1] Sur l'article 4 du titre XX, Pussort a dit qu'il y avait deux manières de prononcer, l'une l'absolution, et l'autre *le plus amplement informé* ; que l'Ordonnance ne défendait pas cette dernière.

[2] *Lois criminelles*, liv. II, tit. IV, ch. IV, § 6.

pour une durée de trois mois à un an, et il était souvent accompagné de la mise en liberté.

77. En outre, les tribunaux et les cours s'étaient encore arrogé le droit de prononcer une absolution avec blâme implicite, pour que l'accusé ne pût exercer aucun recours contre la partie civile. C'était le *hors de cause* quand il s'agissait d'un siége inférieur, et le *hors de cour* pour les juges supérieurs [1]. — En pareil cas, on ne laissait pas quelquefois de condamner encore l'accusé aux dépens. Suivant le sentiment du président Bouhier, t. II, p. 192, ch. LV, n° 375, il ne faut pas autant de preuves pour la condamnation aux dépens que pour la peine.— Cette condamnation aux dépens, qui s'est maintenue postérieurement à l'Ordonnance, était formellement interdite par l'article 22 du titre XXV, mais la jurisprudence, malgré cette prohibition, n'en resta pas moins fidèle à l'usage ancien. En somme, la porte laissée ouverte à l'acquittement pur et simple restait donc bien étroite dans notre ancienne procédure criminelle.

III.

78. Telle est, en substance, la disposition générale de l'Ordonnance, et l'exposé que nous en avons présenté démontre assez que ses rédacteurs n'ont infusé aucun principe nouveau dans leur œuvre, et que la tâche qu'ils ont accomplie a été une tâche d'archéologie judiciaire et non de rénovation législative.

79. Comme annexe d'une bonne loi de procédure, il aurait fallu, d'ailleurs, une révision des lois pénales, et cette révision ne fut pas même tentée : les peines restèrent, après comme avant l'Ordonnance, arbitraires dans leur infliction et arbitraires même dans l'intensité de leur exécution. Jusqu'en 1789, on put voir au même gibet l'assassin le plus dépravé et le serviteur qui avait soustrait quelque objet de mince valeur à son maître, le vol domestique étant puni de mort comme l'assassinat.

80. Est-ce à dire toutefois que la discussion et la publication

[1] « Cette dernière façon de prononcer, hors de cour ou hors de cause, ne renferme pas une justification complète aux yeux du public. Mais c'est une absolution entière aux yeux de la justice, à la censure de laquelle l'accusé ne peut plus être exposé pour le même cas : parce qu'il est totalement jugé. » — Serpillon, *Code criminel*, tit. XXV, art. 12, n° 5.

du nouveau Code de procédure criminelle n'aient produit aucun bon résultat? Ce serait fermer les yeux à la lumière que de le soutenir. L'Ordonnance a établi, notamment sur la compétence, sur l'audition des témoins, sur la majorité nécessaire pour la condamnation, sur l'appel des jugements, sur la visite et la tenue des prisons [1], des règles de détail fort sages et dont la science rationnelle consacre sans hésitation la plupart.

Le tableau des désordres, qu'on lit peints au vif dans les textes mêmes de l'Ordonnance ou de ses conférences, et qui infestaient alors l'administration de la justice, éveilla la trop juste attention d'un gouvernement qui prenait de la force et qui avait encore plus de volonté que de puissance réelle; ceux des abus qui étaient inhérents aux excès de la féodalité judiciaire furent contrôlés et réprimés en partie par la monarchie; les prévôts des maréchaux, fixés à cent quatre-vingts [2], furent soumis à une meilleure discipline, et si les juges des villages restèrent presque partout ignorants et dépendants servilement de leurs seigneurs [3], la bourgeoisie, qui s'élevait et dont l'influence allait grandir dans la société nouvelle, fournissait dans les présidiaux, les bailliages et les sénéchaussées, des magistrats assujettis à leurs devoirs et dignes pour la plupart de la confiance des justiciables. Enfin, l'ordre méthodique qui régnait dans les dispositions de l'Ordonnance et qui codifiait ainsi les règles les plus usuelles

[1] Les prisons doivent être disposées en sorte que la santé des prisonniers n'en puisse être incommodée (art. 1er du titre XIII). — Les procureurs du roi et des seigneurs doivent visiter les prisons une fois chaque semaine (art. 35 du même titre). — Enfin, on exige qu'il soit fourni par le geôlier aux prisonniers, du pain, de l'eau et de la paille *bien conditionnés* (art. 25 du même titre); et c'est tout.

[2] Louis XIV, postérieurement à l'Ordonnance, ne conserva que les grandes maréchaussées et supprima le reste.

[3] Servan, dans son Discours sur l'administration de la justice criminelle, parle de cette justice des seigneurs dans des termes qui prouvent qu'après l'Ordonnance, les choses restèrent à peu près telles que Loiseau les avait précédemment décrites. « Quels abus, dit Servan, ne pourrait-on pas révéler dans ces justices seigneuriales où la punition des délits n'est qu'un calcul économique dans lequel la sûreté des vassaux est toujours comptée comme la plus petite valeur en comparaison de la fortune du seigneur? C'est là qu'on voit souvent le crime s'ériger un domicile sous les yeux mêmes de la justice, ou si le magistrat a quelque pudeur et redoute encore la censure, le comble de son équité est de forcer un scélérat d'aller nuire au delà de son ressort. »

facilita la rédaction d'ouvrages sérieux sous la forme de traités ou de commentaires. Les œuvres de Rousseaud de La Combe, de Muyart de Vouglans, de Jousse et de Serpillon brillent peu par l'indépendance de la critique, mais elles n'en sont pas moins remplies de recherches savantes et curieuses pour le criminaliste qui veut connaître le dernier état de l'ancien droit et le rapprocher du droit nouveau où il a laissé des traces et dont il aide à comprendre bon nombre de dispositions, soit à titre de similitudes, soit même à titre de contrastes.

81. Un siècle environ après sa promulgation, l'Ordonnance fut vivement attaquée et la lutte continua jusqu'à la Révolution. En 1764, Beccaria publiait son livre *Des délits et des peines;* vers le même temps, Voltaire, Loiseau de Mauléon et Elie de Beaumont faisaient reviser au tribunal de l'opinion publique les procès des Calas, des Sirven et des autres condamnés qu'ils proclamaient infortunés et innocents. Ces foudres d'éloquence ont-ils surpris les convictions de l'opinion en faveur de leurs clients? On l'a soutenu, mais qu'importe qu'ils se soient ou non trompés dans leur zèle de réhabilitation, puisque leurs contradicteurs, alors comme aujourd'hui, sont restés sans écho pour leurs protestations. La procédure inquisitoriale croulait par un vice qui lui était inhérent; attaquée dans des livres qu'on lisait avec émotion et indignation, comment se serait-elle défendue? Le public entendait la défense des condamnés et il avait été exproprié, depuis plus de deux siècles et demi, du droit d'écouter l'accusation elle-même; il ne savait pas un mot de ce qui s'était passé au débat. On n'avait pas compris, en annihilant la publicité, qu'elle est un soutien tout ensemble pour l'accusation, ministère public ou partie civile, pour la défense et pour le juge lui-même. Car, dit Ayrault[1], « où qui veut est spectateur, on voit à bon escient si l'accusé est envoyé *beneficio legis an innocentiâ;* si par collusion et tergiversation, ou de bonne guerre; si par connivence et corruption des juges ou justement, de façon que tel est absous par sentence qui demeure néanmoins couché en de beaux draps. »

82. Dès 1789, les justices seigneuriales sont emportées, puis

[1] *L'ordre, formalité et instruction judiciaire,* liv. III, art. 3, n° 65, p. 539 (édition de 1615).

bientôt s'établit la publicité du débat, toujours chère à une grande nation[1], et la publicité amène avec elle comme conséquence nécessaire la garantie et la liberté de la défense et la déposition orale des témoins à l'audience. La procédure de l'Ordonnance, que le ressentiment populaire et les textes eux-mêmes avaient toujours qualifiée d'*extraordinaire*, disparaît donc tout naturellement sous le souffle de l'opinion publique. Déjà, dans les cahiers des états généraux, de larges changements avaient été demandés par les trois ordres[2], tant l'esprit de la procédure criminelle empruntée aux procédés de l'inquisition heurtait manifestement les usages nationaux et les mœurs de l'époque. De cette procédure il ne nous reste plus aujourd'hui que des vestiges conservés dans des idées de sage transaction, et dont l'épreuve était faite par le temps. C'est ainsi que nous lui avons emprunté quelques-unes de ses règles pour l'instruction *préjudiciaire*, dont le secret momentané protége également et les recherches de la justice et la réputation d'un prévenu que d'injustes soupçons peuvent atteindre.

On a dit, avec raison, que la supériorité de notre justice est d'être à la fois *écrite et parlée*[3] : écrite quand on recherche les preuves éparses et quand on fait l'histoire du crime ; parlée quand vient le débat public et l'épreuve de la publicité.

L'instruction écrite est un legs de l'Ordonnance, et elle est inséparable d'une bonne justice criminelle. Le meilleur état de choses en cette matière résulte de la combinaison de l'instruction écrite et de l'instruction parlée, sous réserve de la suprématie finale de celle-ci. C'est cet heureux ensemble que consacrent nos lois modernes et que nous assurent les franchises gallicanes de notre droit criminel régénéré. Aimons-les et tenons-nous-y ; elles sont la garantie d'une société disciplinée et

[1] A Rome, au rapport de Tacite, le peuple s'intéressait ardemment aux débats judiciaires : *In plerisque judiciis crederet populus Romanus suâ interesse quid judicaretur.* (Tacite, *Dialogue sur les orateurs*, ch. XXXIX.)

[2] Ils appelaient une réforme sur les points suivants : la publicité de l'instruction et des débats, la liberté de la défense, l'obligation de motiver les arrêts, la prohibition de toute commission criminelle et l'établissement du jugement par jurés.

[3] *Des formes de la justice criminelle en France*, discours de M. Gastambide, procureur général à Toulouse, prononcé à l'audience de rentrée du 3 novembre 1857, p. 23.

de citoyens protégés, et, quand nous regardons dans le passé, nous voyons qu'elles nous ont été acquises par une patiente usucapion et malheureusement aussi, à titre très-onéreux, par le sang des victimes des erreurs judiciaires que rendaient beaucoup trop faciles les terribles sévérités de l'ancienne procédure criminelle.

EUG. PARINGAULT,
Docteur en droit, procureur impérial à Beauvais.

BIBLIOGRAPHIE.

Histoire du gouvernement de la France pendant le règne de Charles VII, par Hippolyte DANSIN[1].

Les études sur l'histoire de l'administration, naguère encore si négligées en France, jouissent aujourd'hui d'une faveur légitime et raisonnée, qui ne doit rien à l'engouement, à la mode du jour; on a enfin compris que, bien plus que l'histoire-bataille ou l'histoire-cour, elle explique les qualités et les défauts politiques d'un peuple, ses chutes, ses temps d'arrêt, ses progrès, sa civilisation; il y a, en effet, une action puissante et réciproque entre le gouvernement et la nation; tour à tour ils influent l'un sur l'autre par leur contact et leur frottement continuels, et se modifient mutuellement dans la recherche de ce difficile équilibre entre l'autorité et la liberté, qui seul peut assurer la sécurité de tous.

Une étude qui ouvre de semblables horizons devait attirer tous les esprits distingués, et ceux qui, fatigués de la longue domination des histoires fictives, recherchent avant tout la vérité; c'est elle qui a inspiré le beau livre de M. de Tocqueville, *l'Ancien régime et la Révolution;* guidé, dans leurs arides recherches, MM. Dareste et Chéruel, les premiers qui aient essayé de nous donner une histoire complète de l'administration en France, et tous les auteurs des savantes et consciencieuses monographies qui ont si vivement éclairé toutes les parties de cette vaste et intéressante étude.

Un jeune professeur de l'Université vient de soulever un coin du voile qui couvre une de ces époques encore mal connues.

Après l'auteur de *Jacques Cœur*, M. Dansin a encore interrogé, mais cette fois sous toutes ses faces, ce règne peu compris de Charles VII, et publié le résultat de ses travaux dans l'*Histoire du gouvernement de la France pendant le règne de Charles VII.* Ce livre était une thèse : dire que le jeune docteur, le lendemain de cette épreuve, vient d'être appelé comme professeur d'histoire à la Faculté de Caen, c'est constater le succès du travail; nous allons tâcher dans cet article d'en indiquer les mérites.

Le règne de Charles VII a été le sujet de vives controverses; encore dernièrement s'élevait une lutte assez vive d'où M. Henri Martin est sorti vainqueur; mais ces controverses portaient presque toujours sur le côté guerrier de cette époque, l'expulsion des Anglais et la mission de Jeanne d'Arc. L'administration proprement dite était tellement négligée, que M. Louis de Carné, histo-

[1] Paris, Durand, 7, rue des Grès-Sorbonne, 1 vol. in-8, 1858.

rien sérieux et distingué, n'a pas même placé Charles VII parmi les fondateurs de l'unité nationale ; cet oubli général devait attirer l'attention de M. Dansin ; lui-même a expliqué les motifs qui lui ont fait choisir ce sujet.

« Il y a, à la fin du moyen âge, une époque qne de nombreuses réformes rendent dignes d'une attention particulière : c'est le règne de Charles VII. Nous ne voulons pas, sans doute, mettre le quinzième siècle sur la même ligne que le dix-septième, ni lui assigner une place aussi importante dans l'ordre des progrès civils ; nous voulons dire seulement qu'il y eut en France, dans les dernières années du moyen âge, une époque de féconds travaux, où la justice, l'administration, les finances et l'organisation militaire furent entièrement réformées, où les institutions féodales furent définitivement vaincues par le pouvoir royal, où un nouveau système d'administration et de gouvernement fut fondé. »

Cet exposé contient tout le plan du livre de M. Dansin ; pour prouver ces assertions, il passe successivement en revue les différents corps du pouvoir délibérant sous Charles VII, puis les institutions militaires, judiciaires, financières de ce roi, ses rapports avec l'Eglise, la noblesse et le tiers état, enfin les relations étrangères.

Le grand Conseil ou le Conseil du roi fut le véritable ressort de ce règne ; les ordonnances et les chroniqueurs l'attestent presque à chaque page. Un poëte contemporain, H. Baude, l'affirme également. « Le roi ne faisait rien sans le Conseil... de toutes requêtes, il ordonnait par lui. » Les conseillers rendent même des ordonnances pendant l'absence du roi. Ce Conseil était composé de nobles, grands ou petits, mais surtout de bourgeois, de *gens de petit état*, de légistes ; c'est cette dernière classe, en effet, qui, pendant longtemps désormais, prendra en main la cause de la civilisation.

Le chevalier et le clerc ont rempli leur tâche, couru leur carrière ; ils doivent livrer le flambeau à d'autres coureurs, à cet ordre qui commence sous Philippe-Auguste et surtout sous saint Louis, et d'où sont sortis les Philippe Beaumanoir, les Etienne Boileau, les Pierre de Fontaine, etc. ; plus tard, les Nogaret, les Flassan, les Marigny, les de Flotte, tous ces hardis serviteurs de la royauté, ces intelligents précurseurs de la nation. Un instant laissés de côté avec les premiers Valois, les nécessités royales et sociales les rappelleront de nouveau ; Etienne Marcel, et ces bourgeois des états de 1356, dont l'intelligence étonnait M. de Châteaubriand en plein dix-neuvième siècle, le ministère des Marmousets, sous Charles V et Charles VI, appartiennent à cette école. Il y aurait un curieux travail que nous ne saurions trop recommander aux esprits nourris des études de droit, ce serait de rechercher l'origine de cette classe de légistes, si féconde en grands résultats, de nous montrer où ils allaient

apprendre ces fortes études qui donnent un caractère particulier à l'ancienne magistrature française. C'est un chapitre qui manque à la savante *Histoire du droit romain* de Savigny, et que nous recommandons aux historiens juristes.

Sous Charles VII, ces hommes du tiers état se nomment Guillaume Juvénal des Ursins, Guillaume Cousinot, Etienne Chevalier, les frères Bureau, Jean Boutillier, Alexandre Le Boursier, Guillaume Toreau, Jean Rabuteau, Martin Gouge, Jacques Cœur. Nous aurions désiré que M. Dansin leur consacrât, puisque ce sont les vrais héros de son livre, une petite esquisse biographique qui aurait complété les indications que donne sur eux M. Pierre Clément. M. Dansin ferait peut-être bien d'y revenir dans une seconde édition, qui ne peut manquer à un aussi bon livre.

A côté de ce grand Conseil, M. Dansin nous montre les états généraux, bientôt abandonnés après 1440, et les états provinciaux, véritable asile de la liberté politique à cette époque. Notre judicieux historien, à propos de la suppression des états généraux, combat une erreur très-accréditée, et prouve que ce fut la turbulence de la noblesse qui amena cette décision de la royauté. Il ne faut donc plus dire que les états se reconnurent inutiles, après avoir voté l'impôt permanent pour l'entretien d'une armée permanente. Nous n'aurions donc qu'à louer complétement cette partie du livre de M. Dansin, s'il n'avait pas trop négligé un ouvrage spécial sur ce sujet, où il aurait trouvé d'utiles renseignements : Vidaillan, *Histoire du Conseil du roi*, couronné l'année dernière par l'Académie.

Le successeur de Philippe VI, de Jean le Bon, de Charles VI, ne pouvait avoir qu'un pouvoir nominal ; aussi, ce *pauvre roi de Bourges* avait-il tout à faire pour être un souverain réel ; son Conseil de bourgeois aidant, nous verrons ce prince, qu'une bergère rétablit sur son trône, à qui un marchand donne des armées pour reconquérir les provinces de ses ancêtres, nous le verrons en possession de la souveraineté politique complète, maître d'une armée permanente dont il distribue les grades, suprême dispensateur de la justice, arbitre des impôts du royaume, ne relevant que de lui-même dans ses alliances étrangères. Malgré l'intérêt que M. Dansin a su donner à cette marche progressive de l'autorité, nous ne pourrons le suivre pas à pas ; il nous suffira de dire que dans chaque chapitre il relève plus d'une erreur des historiens qui l'ont précédé, réfute de nombreux préjugés, comble les lacunes laissées même par des écrivains spéciaux. C'est ainsi, par exemple, qu'à propos des réformes militaires de ce règne, il présente l'histoire de l'organisation de notre infanterie nationale, nous ne dirons pas seulement mieux que le P. Daniel, car, malgré les savantes recherches et l'exactitude ordinaire de cet écrivain, ce serait facile, venant plus d'un siècle après lui, mais mieux qu'un homme du métier,

le capitaine Susane, dont le livre date d'hier (1849) ; M. Dansin réfute aussi d'une manière victorieuse l'opinion habituelle, qui attribue aux états de 1439 l'organisation de l'armée et l'établissement de la taille permanente ; il prouve qu'il n'en fut pas question, que les états qui cessent d'être assemblés depuis 1440 ne peuvent avoir contribué à la formation des compagnies d'ordonnance, créées par un édit du roi en son Conseil cinq années plus tard (1445), ni à l'établissement de la taille instituée pour les pays par ordonnances de 1448 et 1451. M. Dansin a, selon nous, complétement éclairé, fixé cette importante question de notre organisation militaire. Par cette rectification, il exonère en même temps les représentants de la nation de la grave responsabilité que les autres historiens laissent peser sur eux ; pour notre part nous l'en remercions vivement

Pour l'administration judiciaire, il nous fait assister aussi au remaniement complet des fonctions et des prérogatives du Parlement, à la confection de l'importante ordonnance de 1454, « notre premier Code de procédure, » comme l'appelle l'oracle infaillible en cette matière, Henrion de Pansey. M. Dansin ne se contente pas de l'exposer, il va en chercher les origines dans les travaux législatifs de saint Louis, ce type légitimement vénéré de la justice au moyen âge, et dans l'ordonnance cabochienne, résumé de toutes les aspirations intelligentes d'une époque de troubles, qui caractérise, comme l'a montré le premier M. Michelet, un grand progrès sur la juridiction féodale ; Charles VII comptait lui porter un dernier coup en ordonnant la rédaction de toutes les coutumes ; c'était à la fois servir le pouvoir royal et l'intérêt de la nation qui, à cette époque, se mêlaient souvent.

A propos de finances, on ne pouvait pas demander à M. Dansin d'être neuf ; il a recueilli ce que M. P. Clément lui avait laissé à glaner ; dans ce chapitre encore, cependant, il a su intéresser par plusieurs considérations importantes et bien senties sur l'établissement d'un cadastre, idée qui ne fut reprise que par Colbert et notre grande Révolution de 1789.

L'Eglise, la Noblesse, l'Université, l'administration des provinces et des villes virent aussi leurs priviléges revisés, diminués souvent au profit de la nation. Cette partie du livre de M. Dansin offre plus d'un aspect intéressant ; nous la laisserons, cependant, pour parler des relations extérieures. Presque tous nos historiens avaient entièrement négligé ce côté du gouvernement de Charles VII ; M. Dansin, avec les livres spéciaux sur ce sujet : Flassan, Dumont, Leibnitz, Léonard, l'a traité pour la première fois ; ses recherches ont même été couronnées de succès ; il a trouvé dans une collection d'actes diplomatiques, publiée à Vienne, en 1850 (*Fontes rerum Austriacarum*), des lettres complétement inconnues jusque-là en France, et qui nous révèlent une alliance faite avec Ladislas, roi de Hongrie, et prétendant au duché de Luxembourg, contre le duc de Bourgogne, le plus redou-

table vassal du roi de France; Charles se rapproche aussi, par la même politique, du duc d'Autriche, Sigismond. Deux lettres de Jean de Chambes, ambassadeur de la France en Italie, découvertes par M. Eugène de Stadler aux Archives, et insérées dans la bibliothèque de l'Ecole des chartes, ont également fourni à M. Dansin l'historique de négociations avec Venise, contre le pape Pie II, mécontent de la pragmatique de Bourges. C'est là, à proprement parler, le commencement de notre histoire diplomatique; avant cette époque, les papes étant d'ordinaire les seuls arbitres dans les différends de la chrétienté.

M. Dansin, qui nous a déjà tant donné, va nous trouver probablement bien exigeant de lui demander encore ; nous aurions cependant désiré trouver dans son livre quelques renseignements sur les arts ; c'est le devoir d'un gouvernement intelligent et libéral de les protéger, à cette époque surtout où ils ne pouvaient vivre que par la protection royale, ou celle de grands seigneurs ; les travaux de MM. de Laborde, Vallet de Viriville, P. Clément, les *Archives de l'art français*, *etc.*, de M. de Chenevières, pourraient être consultés fructueusement par M. Dansin.

Quelques critiques ont reproché à M. Dansin une trop grande sévérité à l'égard de Charles VII ; nous ne partageons pas leur manière de voir ; M. Dansin, en ne donnant que la seconde place, dans toutes ces réformes utiles, à celui que l'histoire a surnommé le *bien servi*, a fait preuve de jugement et de sagacité ; le mérite de ce roi est d'avoir laissé faire ses conseillers habiles et intelligents, trop peu appréciés avant le travail de M. Dansin. Nous le remercions sincèrement de l'avoir entrepris et mené à bonne fin : en ôtant à Louis XI une partie de ces réformes, qu'on lui attribuait généralement, pour les restituer au gouvernement de son père, M. Dansin a débarrassé notre conscience du fardeau d'une reconnaissance pénible envers un prince aussi peu estimable que le rival de Charles le Téméraire.

Un dernier mot pour terminer : dans cette étude, nous avons suivi, autant que possible, pas à pas, le livre de M. Dansin ; le critique, nous le croyons du moins, doit borner sa tâche à apprécier et nullement se substituer à l'auteur, lorsqu'il se trouve en face de ces travaux de recherches et d'érudition, de ces études qui exigent tant d'abnégation et de courage, et dont la seule récompense est l'estime des gens instruits; elle ne peut manquer au livre de M. Dansin ; des juges plus autorisés, M. Saint-Marc-Girardin, par exemple, la lui ont déjà assurée.

A. Feillet.

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES

AUX DIVERSES ÉPOQUES DU DROIT ROMAIN[1].

CHAPITRE II.

§ 2. — Règlement des dispositions de dernière volonté d'après les lois Julia et Papia. — Combinaison des incapacités et des priviléges.

Nous arrivons à l'une des parties les plus ardues de notre sujet, à la détermination du domaine des lois Julia et Papia. Quelles étaient les dispositions de dernière volonté auxquelles s'étendait leur empire, et dans quelles hypothèses devait-on faire leur application? C'est particulièrement sur ce dernier point que les systèmes les plus divergents ont été émis, et qu'il y a le plus de difficulté pour asseoir avec certitude la théorie de la législation caducaire.

Tous les auteurs, qui se sont occupés de cette matière, reconnaissent que les successions *ab intestat* avaient été respectées par les lois Julia et Papia. Les incapacités qu'elles avaient créées n'atteignaient point ceux qui recueillaient les biens en qualité d'héritiers légitimes[2]. Une première condition pour que la *caducité* soit possible, c'est donc qu'il s'agisse d'une succession testamentaire. Cette condition ressort nettement des termes mêmes de

[1] Voyez *Revue historique*, année 1857, p. 161, 305 et 401; année 1858, p. 1 et 101.

[2] Nous entendons par *héritiers légitimes*, non-seulement ceux qui étaient *héritiers proprement dits*, parce qu'ils trouvaient leur vocation dans la loi, comme les agnats, mais encore ceux qui n'étaient successeurs *ab intestat* qu'en vertu du droit prétorien, comme les cognats.

la définition que nous donne Ulpien des *caduca, Reg.*, tit. XVII, § 1, définition sur laquelle nous aurons plus d'une fois à revenir : « *Quod quis sibi* TESTAMENTO *relictum...* » D'un autre côté, Paul, *Sent.*, liv. IV, tit. VIII, § 26, nous apprend que, quand il y avait plusieurs héritiers appelés à succéder *ab intestat*, la défaillance de quelques-uns d'entre eux donnait ouverture au droit d'accroissement suivant les anciennes règles, de sorte qu'il n'existait aucune prérogative en faveur de ceux qui auraient eu des *liberi*. « *Ex pluribus heredibus iisdemque legitimis, si qui omiserint hereditatem, vel in adeundo aliqua ratione fuerint impediti, his qui adierunt vel eorum heredibus omittentium portiones* ADCRESCUNT[1]. » Les Romains n'étaient pas sans doute étrangers à cette idée que celui qui omet de faire le règlement de ses biens après sa mort est censé les attribuer à ses héritiers légitimes ; voyez l. 8, § 1, *De jur. codicil.* Cependant le point de vue d'une disposition tacite, qu'on aurait pu dès lors assimiler à une disposition formelle pour l'appréciation de la capacité, ne fut point appliqué à l'hérédité *ab intestat*. Cette réserve se comprend, si l'on songe que, même en matière de succession testamentaire, le législateur avait laissé à l'abri des déchéances qu'il prononçait les personnes qui auraient été aptes à recueillir *ab intestat*, puisque la *solidi capacitas* protégeait tous les cognats admis comme successibles par le droit prétorien. Il y avait seulement à l'égard des cognats *patres* une restriction des priviléges qui auraient dû leur appartenir, à raison de leur paternité, si la caducité avait été étendue à la succession *ab intestat*. Du reste, dans les mœurs romaines, l'habitude de tester était tellement en usage qu'il n'y avait pas grand inconvénient à négliger les successions pour lesquelles le défunt n'aurait pas exercé la faculté, si précieuse aux yeux de tout citoyen, de dicter lui-même la loi de son hérédité.

Nous n'aurons, par conséquent, à nous occuper que des successions testamentaires et des deux sortes de dispositions qui pouvaient s'y rencontrer : les institutions d'héritier et les legs[2].

[1] La même doctrine se trouve dans les *Regulæ* d'Ulpien, tit. XXVI, § 5.

[2] Un testament pouvait contenir une troisième sorte de disposition quant aux biens, savoir : des fidéicommis. Nous les laisserons de côté, quant à présent, parce que les fidéicommis étaient restés en dehors du plan primitif des lois Julia et Papia. Nous savons, en effet, par le paragraphe 286, *Comm.* II de Gaïus, que c'est seulement le sénatus-consulte Pégasien

En supposant une hérédité testamentaire, il faudra toujours, pour apprécier l'efficacité de l'institution, se demander si elle est autorisée par les lois Julia et Papia. Mais, bien qu'il y ait lieu à appliquer les déchéances qu'elles établissent, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'on doive admettre une *caducorum vindicatio*. Celle-ci n'est possible qu'autant que l'héritier dépouillé, comme n'ayant pas le *jus capiendi*, ne se trouvera pas institué *ex asse*. Quand il n'y a d'autre héritier qu'un *incapax*, le testament reste sans force, et le champ est ouvert aux héritiers *ab intestat*. Peu importe que le défunt eût fait un précédent testament, sa rupture aura été consommée par le dernier testament contenant institution au profit d'un *cœlebs*. C'est ce qui est aujourd'hui mis hors de doute par le paragraphe 144, *Comm.* II de Gaïus. Ce jurisconsulte, après avoir posé cette règle que la confection d'un testament en vertu duquel un héritier était *possible*, bien qu'il n'ait pu ou voulu tirer parti de sa vocation, suffit pour rompre un testament antérieur, cite, entre autres exemples, le cas où l'institué « *propter cœlibatum ex lege Julia summotus fuerit ab hereditate;* » « *in his casibus*, ajoute-t-il, *paterfamilias intestatus moritur*. » Il fallait donc, pour qu'il y eût *caducorum vindicatio*, que le testament produisît directement son effet en faveur de quelqu'un. Sans doute, en l'absence de tout autre institué, il ne peut être question de *pater* pour lui attribuer le bénéfice de la caducité. Mais au moins l'*ærarium* était un successeur qui ne faisait jamais défaut; et cependant il ne pouvait invoquer son privilége là où le testament n'était soutenu par aucun héritier[1]. Nous n'hésitons pas à admettre la même solution pour l'hypothèse où il y aurait eu institution de divers héritiers, qui auraient été tous également écartés, parce qu'ils

qui étendit la caducité aux fidéicommis. Quand nous arriverons à cette modification de la législation caducaire, nous aurons à rechercher ce qu'il fallait décider par rapport aux fidéicommis laissés *ab intestat*, au moyen de codicilles. Par la même raison, nous ajournerons l'examen du sort réservé aux donations à cause de mort, qui, en tout cas, étrangères au testament, furent assimilées aux legs quant à la capacité de les recueillir, ce qui aurait été l'effet de dispositions postérieures aux lois Julia et Papia; voyez l. 37, *De mort. caus. don.*

[1] Le défaut de tout héritier testamentaire anéantissant les legs, on conçoit que les *legatarii patres*, qui primaient l'*ærarium*, restassent sans droit quant aux *caduca*, puisqu'ils n'étaient même pas légataires.

auraient été tous privés du *jus capiendi*. L'institution d'un seul *orbus* ou de plusieurs *orbi* ne devait pas, au contraire, amener un résultat analogue. Le testament subsistait alors pour moitié, et l'*ærarium*, plus tard le fisc, pouvait ici, à défaut de tout *pater* légataire, exercer la *caducorum vindicatio*.

Du reste, avant la découverte des *Commentaires* de Gaïus, c'était déjà un point acquis à la doctrine que l'exclusion du *jus caduca vindicandi*, alors que l'hérédité échappait à un héritier unique, frappé d'incapacité complète par les lois Julia et Papia. Les anciens auteurs, Cujas, Ramos, Heineccius, avaient avec raison tiré cette induction du paragraphe 1er, titre XVII, des *Regulæ* d'Ulpien, où, parmi les applications de la caducité, se rencontre cette hypothèse : « *Aut si* EX PARTE *heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit, vel pereger factus sit.* » Ces expressions « *ante apertas tabulas* » ont leur importance. Elles se réfèrent à cette prescription imaginée par la loi Papia, ainsi que nous l'apprend Justinien, *l. unic.*, § 1, *De cad. toll.*, d'après laquelle l'adition était interdite jusqu'après l'ouverture des tablettes du testament. Il y avait là une chance de plus pour la *caducorum vindicatio*, puisqu'on retardait l'acquisition des parts héréditaires, de manière à rendre possible dans l'intervalle une défaillance qui profitait aux privilégiés ; « *ut quod in medio deficiat hoc caducum fiat.* » Or, cet obstacle à la délation de l'hérédité n'existait pas quand il y avait institution d'un héritier *ex asse*. L'adition était alors immédiatement possible, suivant l'ancienne règle, dès la mort du défunt. On n'avait pas vu d'utilité à mettre, pour ce cas, des entraves à l'acquisition de l'hérédité, la défaillance de l'héritier testamentaire ne devant profiter qu'aux héritiers *ab intestat*. Divers fragments des Pandectes établissent la vérité de cette proposition que l'*apertura tabularum* était une circonstance indifférente pour autoriser l'adition de la part de l'héritier *ex asse*. Le plus positif est la loi 1, § 4, *De jur. et fact. ign.* « *Idem dicemus, si ex asse heres institutus non putet se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas...* » Cujas[1] a justement relevé la portée de ce texte, à l'appui duquel il en invoque plusieurs autres, notamment la loi 21, *in fine*, *De cond. et dem.* C'est donc à bon droit qu'Heineccius a mis en relief,

[1] T. V, c. 629, et t. IX, c. 672.

dans son chapitre XLV, la restriction sous laquelle la loi Papia faisait dépendre l'adition d'hérédité de l'ouverture des tablettes : « *Hereditatem, si* PLURES *sint coheredes extranei, tabulis testamenti apertis, demum adire liceto...* »

Plaçons-nous maintenant en présence d'un testament qui subsiste au moins pour partie, et par l'effet duquel l'hérédité est dévolue jusqu'à un certain point suivant la volonté du défunt. Faudra-t-il dire que toutes les dispositions qui ne pourront être recueillies par leurs titulaires seront réglées par les lois Julia et Papia, c'est-à-dire auront à subir le sort de la *caducorum vindicatio?* Nul doute que des distinctions ne doivent être faites. Un texte capital en cette matière, la loi unique, § 2, *De cad. toll.*, établit trois catégories : « *Et cum triplici modo ea, quæ in ultimis elogiis relinquuntur, contingebat deficere.* » C'est sur cette constitution que se fonde la division célèbre de trois sortes de dispositions, dont les unes étaient appelées *pro non scriptis*, tandis que les autres étaient dites tantôt *in causa caduci*, tantôt proprement *caduca*.

Pro non scriptis. — Quant à la première catégorie, lorsqu'il s'agissait de quelque disposition qui était tenue *pro non scripto*, les auteurs sont d'accord pour écarter l'application des lois Julia et Papia, et pour reconnaître qu'en ce point les anciennes règles avaient été maintenues intactes d'une manière générale, de sorte que le *jus antiquum* subsistait, même à l'égard de ceux qui n'étaient ni les ascendants ni les descendants du testateur. Godefroy, dans son chapitre XXIX, de même qu'Heineccius, dans son chapitre XLVII, admettent en pareil cas sans restriction le *jus antiquum* [1]. L'institution particlle réputée non écrite devait donc

[1] La même doctrine a été adoptée dans un dernier travail de restitution des lois Julia et Papia, tenté par M. Van Hall, auteur d'une dissertation couronnée par l'Académie de Leyde sur le mérite de l'ouvrage d'Heineccius, dissertation que nous avons eu occasion de mentionner. Cet essai a paru après la mort de M. Van Hall, à Amsterdam, en 1840, dans un livre intitulé : *Fontes tres juris civilis romani antiqui*, par M. Den Tex. Nous devons à une main inconnue la communication de ce travail, qui nous a été envoyé de Leyde depuis que nous avons commencé à publier nos articles relatifs aux lois caducaires. Nous sommes forcé d'emprunter la voie de la presse, pour adresser nos remercîments à l'auteur de cette communication, qui a gardé l'anonyme.

profiter *jure adcrescendi* au cohéritier *conjunctus*, et, s'il n'en existait pas, se répartir entre tous les autres héritiers *pro partibus hereditariis*. De même, pour les legs réputés non écrits, le colégataire *conjunctus* en recueillait le bénéfice par droit d'accroissement, et, à défaut de conjoint, l'héritier grevé de la prestation s'en trouvait déchargé. Dans tous les cas, il y avait dispense de l'*onus*, conformément aux principes du *jus adcrescendi ;* ou, du moins, ce n'était que tout à fait exceptionnellement qu'il y avait transmission de l'*onus*, ainsi que l'atteste Justinien, dans la loi *unic.*, § 3, quand il nous dit : « *Nullo gravamine, nisi perraro* [1]. » La doctrine admise en ce qui concerne les dispositions regardées comme non écrites s'appuie sur les paragraphes 2 et 3 de la constitution précitée. Elle se trouve aussi confirmée par la définition des *caduca* que nous a laissée Ulpien. L'idée du *caducum*, suivant ce jurisconsulte, exige une disposition valable *ab initio*, qui aurait pu être efficace d'après l'ancien droit, si le testateur fût décédé immédiatement, « *quod quis sibi testamento relictum ita ut* JURE CIVILI *capere possit.* » (*Reg.*, tit. XVII, § 1.) On sait que, pour apprécier la validité d'une disposition testamentaire, les Romains se plaçaient à l'instant de la confection du testament. Si les choses étaient telles, qu'en vertu du *jus civile* la disposition fût inutile au moment même où elle était exprimée, on ne devait en tenir aucun compte. Elle n'avait fait aucune impression sur la tête du gratifié. Dès lors il était impossible de dire qu'il y avait eu de sa part perte d'une espérance quelconque, déchéance en quoi que ce fût, en un mot, *caducité*. Le titulaire de la disposition, en effet, n'a jamais été mis hors d'état de recueillir ce qui ne lui a point été régulièrement laissé. Le *caducum* fait par conséquent défaut ; car on appelle seulement ainsi ce que l'héritier ou le légataire a *cessé* par quelque motif de pouvoir prendre, ce qui lui a échappé. « *Aliqua ex causa*

[1] Nous ne nous arrêterons pas à rechercher quels étaient ces cas fort rares. Cujas, sur le paragraphe 3 de la loi *De cad. toll.*, assure qu'il n'en existait que deux, et qu'on ne saurait en découvrir un troisième. Ces deux cas seraient ceux prévus par la loi 26, § 6, *De fideic. libert.*, et la loi 5, *De his quæ pro non script.* L'opinion de Cujas a été reproduite par Schneider, p. 79 et suiv., tandis que M. Huschke, p. 313, conteste à tort, croyons-nous, la légitimité de la seconde exception admise par Cujas et Schneider.

non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo, » ajoute Ulpien, *loc. cit.*

On voit qu'il n'est pas sans intérêt de fixer les limites de ce qui doit être considéré *pro non scripto,* par opposition à ce qui se trouvera *in causa caduci* ou *caducum*, puisque, dans la première hypothèse, l'accroissement continuera à jouer son rôle, tandis que dans les autres il y aura lieu aux prérogatives des *patres* ou de l'*ærarium*. Schneider, p. 204 et suiv., a tracé la liste des différentes applications du *pro non scripto,* qui, d'après lui, seraient au nombre de dix-neuf, de sorte qu'il y aurait, sous ce rapport, une assez grande marge réservée aux anciennes règles. Les jurisconsultes avaient soin d'indiquer quelles étaient les dispositions qui devaient être tenues pour non écrites ; et les compilateurs des Pandectes ont encore consacré un titre particulier (liv. XXXIV, tit. VIII) à cette matière, bien que la distinction eût cessé d'avoir toute son importance depuis l'abrogation des lois caducaires. C'est ce titre qui a fourni principalement ses données à Schneider, dont l'énumération ne nous paraît pas exacte en tous points. Nous pensons d'ailleurs qu'elle est susceptible de réduction, l'auteur ayant inutilement séparé des hypothèses qui peuvent rentrer sous la même idée.

En première ligne[1], il faut placer le cas où le gratifié était déjà mort à l'époque de la confection du testament. Telle est la décision de la loi 4, pr. *De his quæ pro non*, confirmée par la loi *unic.*, § 2, C. *De cad. toll.* Une condition essentielle pour comprendre une disposition testamentaire, c'est qu'elle s'adresse à une personne vivante. Aussi Scævola, dans la loi 14, pr. *De jur. codic.*, fait-il cette observation : « *Esse enim debet, cui detur, deinde sic, quæri an datum consistat*[2]. » Il faut en dire autant,

[1] Schneider commence par là. Il indique ce cas sous la lettre *a*.

[2] Quand le legs, contenu dans des codicilles, était fait au profit d'un individu vivant lors de la confection du testament, mais décédé à l'époque des codicilles, les Romains admettaient que le legs était *pro non scripto*, l. 2, § 1, l. 6, § 4, *De jur. codic.* Il est bien certain qu'un pareil legs ne devait pas être exécuté. Toute la question était de savoir s'il serait *in causa caduci* ou *pro non scripto*. La raison de douter de la dernière solution tenait à cette règle, que les dispositions codicillaires devaient être considérées comme faisant partie du testament, l. 2, § 2, *eod. tit.* Mais on n'appliquait pas cette fiction aux choses *quæ non juris, sed facti sunt*, comme

par la même raison, toutes les fois qu'il y aura chez le gratifié absence de la *testamenti factio*, par un autre motif que celui de la mort naturelle. Ainsi l'héritier institué ou le légataire était, lors du testament, *peregrinus* ou *servus pœnæ*. Une pareille disposition doit être regardée comme non écrite (l. 3, pr. *De his quæ pro non*), quand même le testateur aurait prévu dans l'avenir l'acquisition possible de la *testamenti factio*, et n'aurait laissé que sous cette condition [1]. — Nous traitons de la même manière les legs ou institutions au profit des *personæ incertæ*, des postumes externes, des corporations non privilégiées, toutes personnes à l'égard desquelles on peut dire également qu'il n'y a pas *testamenti factio*, et qu'il est inutile de mettre à part, comme le fait Schneider, lettre *q*. — C'est encore sous la même règle que se range l'hypothèse où le gratifié serait un captif qui mourrait chez l'ennemi, puisque, à défaut de recouvrement de la la liberté, il est censé mort à l'instant où il a été fait prisonnier. Cette disposition, déclarée non écrite par la loi 4, § 1, *De his quæ pro non*, est encore séparée par Schneider, lettre *k*. — Nous dirons enfin qu'il faut toujours réputer non écrites, à raison du défaut de la *testamenti factio*, les dispositions faites en faveur : 1° de l'esclave d'autrui qui serait ensuite acquis par le testateur ; 2° de l'esclave propre au testateur, qui serait institué ou recevrait un legs, sans être affranchi ou légué lui-même à un tiers ; 3° d'un légataire qui, postérieurement au testament, tomberait dans la *servitus pœnæ* ; triple hypothèse pour chacune desquelles Schneider crée autant de spécialités du *pro non scripto*, sous les lettres *h*, *n*, *i*. Il nous semble toutefois nécessaire d'ajouter ici quelques observations.

Un esclave ne pouvait être institué par son maître, s'il n'était en même temps affranchi, Gaïus, II, §§ 186 et 187; Ulp. *Reg.*, tit. XXII, § 12 [2]. Pareillement, il ne pouvait recevoir un legs de

le dit Marcien dans la loi 7, § 1, *dict. tit.* A ce point de vue, ajoute le jurisconsulte, « *tempus codicillorum, non quo tempore fit testamentum, spectandum.* »

[1] C'est à tort que Schneider, qui particularise ce cas sous la lettre *c*, admet une semblable restriction, en s'appuyant sur la loi 62, pr. *De her. instit.* La décision de ce texte ne s'applique qu'aux personnes privées seulement du *jus capiendi*, ainsi que nous l'avons établi plus haut.

[2] C'était du moins l'opinion qui prévalait à l'époque classique, bien qu'il y eût des jurisconsultes dissidents, dont le sentiment a été consacré par

son maître, s'il n'était affranchi (l. 76, *De her. inst.*; l. 4, C. *De legat.*), ou s'il n'était légué à un tiers (l, 17, *Quand. dies legat.*). Quand l'esclave gratifié d'un legs n'appartenait pas au testateur au moment du testament, mais que, plus tard, il était acquis par ce dernier, les jurisconsultes disaient que la disposition devait être regardée comme non écrite, par application de cette règle : « *Quæ in eam causam pervenerunt, à qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.* » Telle est la doctrine de Marcien, dans la loi 3, § 2, *De his quæ pro non.* Cependant, il est certain, d'après Ulpien, *Reg.*, tit. XVII, § 1, que si l'institué ou le légataire perdait la vie naturelle ou la qualité de citoyen avant l'ouverture des tablettes du testament, la disposition était *caduque*, quoiqu'elle eût été *pro non scripto* dans le cas où le gratifié aurait été déjà, lors du testament, décédé ou *peregrinus*. Comment justifier cette diversité de solution? Pothier, *De legatis*, n° 379, note *f*, pense que la caducité ne s'appliquait qu'aux cas expressément prévus par les lois Julia et Papia, et que, hors de là, il fallait revenir à la règle : *Quæ in eam causam...* Schneider, p. 210, enseigne qu'on doit restreindre l'expression *causa* aux obstacles qui ont leur source dans des motifs de *droit*, par opposition à ceux qui auraient une nature de *fait*, comme le décès. Mais la *peregrinitas* n'est qu'un obstacle de *droit;* et, néanmoins, sa survenance chez le légataire entraîne la caducité. Suivant Huschke, p. 315, la caducité opère quand le gratifié ne peut pas recueillir; elle n'aurait pas lieu, au contraire, lorsque toute *personnalité* manque chez le gratifié. Or, tel ne serait pas le cas du légataire qui décéderait, parce que sa personne est continuée par son hérédité. Il est difficile d'adopter ce système, car la continuation du défunt par son hérédité est sans aucune valeur pour maintenir les legs faits en sa faveur, quand il n'a pas survécu au testateur. Nous ne nous évertuerons pas à chercher d'autre raison que celle fournie par les jurisconsultes eux-mêmes. Il est vrai qu'on avait fini par faire bon marché de la maxime : *Quæ in eam causam...*, comme le prouve le paragraphe 14 Inst. *De legat.* Mais, sans doute, on trouva bon de s'en servir pour restreindre la caducité qui était odieuse. Si on ne l'appliquait point en cas de décès ou déportation du légataire, c'est que probable-

Justinien, qui a décidé que l'institution d'héritier emporterait affranchissement tacite. Voyez la loi 5, C. *De necess. serv.*; Instit., pr. *De her. instit.*

ment, d'après la conjecture de Pothier, les dispositions expresses des lois Julia et Papia faisaient alors appel aux droits des *patres* et subsidiairement de l'*ærarium*.

Il n'y a pas, croyons-nous, d'autre explication à donner pour l'hypothèse où le gratifié devient postérieurement au testament *servus pœnæ*. S'il se trouvait déjà dans cette condition lors de la confection du testament, il va de soi que la disposition était *pro non scripto*, le *commercium* faisant absolument défaut chez le condamné, qui est, suivant le langage usité en cette occasion, non pas *servus Cæsaris*, mais *servus pœnæ*, de sorte qu'on ne peut songer à la *testamenti factio* de la part du maître. Mais quand la disposition s'adressait à un homme libre, qui par l'effet d'une condamnation *ad metallum* subissait ensuite une *maxima capitis deminutio*, il semble que cette disposition ayant été valable *ab initio*, on aurait dû dire qu'elle devenait *caduque*. Cependant Marcien, l. 3, § 1, *De his quæ pro non*, admet également que le legs en pareil cas doit être tenu *pro non scripto*. Ici encore on sauvait le *jus antiquum* au préjudice du *jus caduca vindicandi*, en s'appuyant sur la règle : *Quæ in eam causam...* Cujas (*Observ.*, liv. XVIII, ch. XIII) et Pothier (n° 379, *De legatis*) n'excluent la caducité qu'autant que la condamnation se produirait du vivant du testateur, et non si elle ne survenait qu'après son décès. Mais cette restriction, ainsi que l'a remarqué Schneider, ne repose sur aucun texte.

A côté des différentes hypothèses où les dispositions testamentaires sont réputées non avenues, à raison de l'absence de *testamenti factio* chez le gratifié, nous mettrons celle où la *testamenti factio* ne fait point défaut, mais où elle ne peut aboutir, parce qu'elle tendrait à dépouiller celui-là même qui doit profiter de la capacité reconnue au titulaire, de telle sorte qu'il y aurait incompatibilité. Nous voulons parler des legs faits purement et simplement au profit de l'esclave ou du fils de famille d'un héritier institué, au moins pour la part dont serait grevé le maître ou le père. Gaïus, qui nous a fait connaître (II, § 244) les débats soulevés sur cette question entre les jurisconsultes, nous donne la règle qui a prévalu, et d'après laquelle un legs pur et simple doit être considéré comme inutile, en ce qui concerne la charge imposée à celui qui a puissance sur le légataire. Peu importe, grâce à la règle Catonienne, que le légataire *alieni juris*

ait changé de condition à la mort du testateur. Le legs n'ayant pas été fait *recte*, comme dit Gaïus, on n'en tiendra pas compte ; et l'héritier, qui n'aurait pas dû le legs si le testateur fût mort immédiatement, profitera toujours de la nullité de la disposition. Ce cas est prévu par Schneider lettre *m*.

S'il est de l'essence du legs qu'il s'adresse à une personne ayant la *testamenti factio*, il est également indispensable, pour qu'il puisse s'asseoir (*consistere*), qu'il porte sur des choses qui soient *in commercio*. Sans cela, la disposition est *nullius momenti*, § 4, Instit. *De legatis* ; et il n'y a lieu ni à la prestation d'une estimation, ni à une exécution en nature. Ici les règles du *pro non scripto* ne souffrent aucune difficulté ; l'héritier n'a pas été utilement grevé ; les *patres* gratifiés dans le testament ne peuvent pas plus prétendre au bénéfice de la disposition que le titulaire direct. Seulement il peut se faire que l'objet légué ne soit pas *in commercio* relativement au légataire, tandis que la disposition serait valable à l'égard d'un autre. Telle serait l'hypothèse du legs fait purement à quelqu'un de sa propre chose, puisqu'il est incapable de l'acquérir. De même, nous voyons par la loi 49, § 2, *De legat.* 2°, que l'on n'avait pas admis l'opinion de Trébatius, qui pensait qu'il fallait donner effet au legs fait à une personne d'une chose dont elle n'avait pas le *commercium*. Dans ce cas, on conçoit que le sort du legs inutile quant au légataire aurait pu être l'objet d'un doute, depuis que la faveur de la loi substituait certaines personnes privilégiées aux légataires atteints d'incapacité. Attribuera-t-on ici aux *patres* pour lesquels la chose serait *in commercio* l'avantage du legs, ou devra-t-on suivre les anciennes règles ? C'est en ce dernier sens qu'il faut se décider. Les textes disent que le legs est *inutile*, § 10, Instit. *De legatis*, que *ab initio non consistit*, l. 41, § 2, *De legat.* 1°. Si donc il n'y a pas possibilité d'accroissement entre colégataires, la nullité du legs, de même qu'autrefois toute cause de défaillance, améliorera la position de l'héritier. Nous admettons, avec Schneider, lettre *l*, qu'il y aura application des principes qui gouvernaient les dispositions dites *pro non scriptis*.

Les dispositions testamentaires, sous un autre point de vue, sont réputées non écrites, si la volonté du testateur n'est pas suffisamment manifestée, ou si elle ne l'a été qu'irrégulièrement et

contrairement aux prescriptions que la législation romaine imposait à cet égard. Nous croyons qu'on peut ramener à ce principe les hypothèses suivantes, que Schneider énumère sous les lettres *d*, *g*, *o*, *r*, *s*. Le testateur s'est exprimé d'une manière inintelligible[1]. — Il n'y avait pas chez lui ferme intention de donner, quand il a fait dépendre la libéralité du pur arbitre d'un tiers[2]. —La disposition est en faveur de celui-là même qui a été employé à écrire le testament. Le sénatus-consulte Libonien déclarait l'institution ou le legs non écrits quant à celui *qui sibimet aliquid adscripserat*[3], dans la crainte qu'il n'y eût soit supercherie, soit violence faite aux intentions du défunt. — Il s'agit de legs qui n'ont été consignés que dans des codicilles non confirmés par testament[4]. Enfin, bien qu'ils soient énoncés dans un testament, les legs n'y figurent que *post heredis institutionem*[5], ou bien ils ont été imposés à un autre qu'à l'héritier, ce qui arrivait soit que l'on eût légué *post mortem heredis*, cas dans lequel, suivant la remarque d'Ulpien, on aurait légué *ab heredis herede*, soit qu'un légataire eût été grevé d'un legs, en opposition à cette règle : *A legatario legari non potest*[6].

Parmi les considérations qui faisaient déclarer non écrites les dispositions testamentaires, nous citerons enfin celle-ci. Les Romains pensaient que la faculté d'attribuer ses biens par dernière volonté devait s'exercer dans un esprit de bienveillance, non dans un calcul de cupidité, ou par des motifs de haine et de vengeance. C'est pourquoi on ne tenait pas compte des legs ou des institutions quand ils étaient faits *pœnæ nomine*[7], *captatorie*, c'est-

[1] L. 2, *De his quæ pro non* ; l. 73, § 3, *De reg. jur.*

[2] Les décisions des jurisconsultes romains sur l'appréciation de ce *merum arbitrium* sont quelquefois assez subtiles. Nous nous contenterons d'énoncer la règle posée par Gaïus dans la loi 32, pr. *De her. instit.* : « *Nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* »

[3] L. 1, *De his quæ pro non.* La nullité n'existait que par rapport à l'*adscriptor*. S'il avait un *conjunctus*, ce dernier profitait de l'accroissement d'après le *jus antiquum*. Voyez Paul, *Sent.*, liv. III, tit. VI, § 14, et Cujas, t. V, c. 1143.

[4] Gaïus, II, § 270; Ulpien, *Reg.*, tit. XXV, § 8.

[5] Gaïus, II, § 229; Ulpien, *Reg.*, tit. XXIV, § 15.

[6] Gaïus, II, §§ 232 et 271; Ulpien, *Reg.*, tit. XXV, §§ 16 et 20.

[7] § 36, Inst. *De legatis.*

à-dire pour s'attirer un avantage pareil de la part d'un autre[1], ou d'une manière injurieuse, *contumeliæ causa, denotandi magis legatarii gratia*[2]. Ces cas sont prévus par Schneider, lettres *e*, *f*, *p*. On peut y ajouter l'hypothèse où le testateur aurait institué l'empereur *litis causa*[3].

Suivant Schneider, lettre *b*, on devrait encore appliquer les règles du *pro non scripto* à la disposition faite sous une condition déjà défaillie lors du testament, et qui ne serait pas de nature à se reproduire. Nous ne pouvons adhérer à cette proposition, et nous pensons, au contraire, qu'il faut en principe admettre la disposition comme valable. Remarquons d'abord que le texte invoqué par l'auteur, la loi 80, *De cond. et dem.*, est absolument étranger à la question. Mais il en est d'autres qui s'y réfèrent, et desquels il résulte qu'en pareil cas, l'opinion qui prévalut était que, la condition devant être regardée comme impossible, il n'y avait pas lieu de s'en occuper, et que par suite la disposition était traitée comme pure et simple. Ce qui était considéré comme non écrit c'était seulement la condition. Cette décision est justifiée par les lois 45, *De her. instit.*, et 6, § 1, *De cond. et dem.*, dont la dernière nous prouve que la solution qui triompha rencontra de l'opposition. L'opinion de Schneider peut tout au plus être défendue quand la condition défaillie a été placée par le testateur au passé ou au présent (*in præsens*, ou *in præteritum concepta*), suivant une distinction contenue dans une loi bien connue, la loi 16, *De inj. rupt. test.* qui, dans ce cas, déclare l'institution non avenue[4].

Godefroy, dans le chapitre XXIX, ainsi qu'Heineccius, dans le chapitre XLVII de leur loi Julia Papia, établissent une assimilation entre les legs dits proprement *pro non scriptis* et ceux qui auraient été révoqués. Ils en concluent que ceux-là aussi doivent

[1] L. 1, *De his quæ pro non.*

[2] L. 9, § 8, *De her. instit.*; l. 54, pr. *De legat.* 1°.

[3] § 8, Instit., *Quib. mod. test.*

[4] Consultez sur ce point M. de Savigny, *Traité du droit romain*, t. III, § 121, p. 171 et 172 de la traduction de M. Guenoux, et Mühlenbruch, t. XLI, § 1458, p. 74. — Pour l'hypothèse où la condition ne viendrait à défaillir qu'après le testament, nous verrons plus loin que la question de savoir si la disposition est encore *pro non scripto*, ou si elle est *in causa caduci*, n'est pas exempte de difficulté.

profiter *jure antiquo* aux héritiers qui en avaient été grevés, et non appartenir aux personnes privilégiées par l'effet de la *caducorum vindicatio*. Cette doctrine, qui compte encore aujourd'hui de nombreux partisans, est repoussée par M. Huschke (p. 316 et 317), qui blâme Schneider d'avoir exclu pour ce cas les droits des *patres* et de l'*ærarium*. Il est difficile de réfuter M. Huschke, qui se borne à critiquer l'opinion de Schneider, sans donner les motifs de son dissentiment. Il se fonde sans doute sur ce qu'il s'agit de legs qui étaient valables *ab initio*, et qui, venant à manquer par une cause postérieure, rentreraient dans les conditions générales du *caducum*. Mais, comme le fait justement observer Schneider, p. 132, un testament avec ses dépendances ne forme qu'un seul tout. Quand même la révocation ne serait contenue que dans des codicilles subséquents, ces derniers sont un appendice du testament avec lequel ils s'identifient. Aussi les Romains disaient-ils que ce qui était écrit dans les codicilles devait être considéré comme écrit dans le testament. « *Codicillorum jus singulare est, ut, quæcunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent*, » l. 2, § 2, *De jur. codic.* Il suit de là que les dispositions révoquées sont censées n'avoir jamais pris consistance. Si donc elles ont été effacées aussitôt qu'elles se sont produites, elles sont tenues pour non avenues; il n'y a pas de *caducité* possible. Ce système paraît être celui de Rosshirt, t. I, p. 426; il est nettement énoncé par M. Fein, t. XLIV, p. 246. L'auteur invoque, avec raison, la loi 14, pr. *De legat.* 1°, où Ulpien s'exprime de la sorte : « *Nam quod ademptum est, nec datum videri, secundum Celsi et Marcelli sententiam; quæ vera est.* » Ces termes peuvent cependant donner lieu de penser qu'il y avait eu débat sur ce point.

In causa caduci.—Avant d'arriver aux *caduca* proprement dits, nous rencontrons, suivant le témoignage de Justinien, l. *unic.*, § 2, *De cad. toll.*, une seconde catégorie de dispositions, qui, sans être réellement caduques, paraissent néanmoins avoir été traitées comme telles, et que, pour cette raison, on qualifiait de la sorte : *in causa caduci*. La ligne de démarcation entre les *caduca* et les *quasi-caduca* devrait, toujours d'après Justinien, être déterminée comme il suit. La cause de défaillance ne s'est-elle produite qu'après le décès du testateur, il y a *caducum*; s'est-

elle réalisée du vivant de ce dernier, il y a *causa caduci*. Le silence complet gardé par Gaïus et Ulpien sur cette distinction, qui ne nous est connue que par la constitution du Code, ne suffit pas pour permettre de révoquer en doute son existence. Il n'est pas possible, en effet, de croire que Justinien ait imaginé la distinction en question, puisqu'il nous avertit que c'est le langage de l'ancienne doctrine qu'il reproduit : « *Quod* VETERES *appellabant in causa caduci.* » La difficulté peut, croyons-nous, être écartée, si l'on admet, conformément à l'opinion commune, que les dispositions dites *in causa caduci* étaient gouvernées par les mêmes règles que les *caduca*, et qu'il n'y avait dès lors aucun intérêt pratique à les séparer. Aussi, Gaïus et Ulpien qui, en écrivant des *Institutiones* ou des *Regulæ*, n'avaient en vue que des ouvrages élémentaires, ont bien pu parler simplement des *caduca*, pour désigner toutes les dispositions atteintes par les lois Julia et Papia, en négligeant une division qui, en fait, ne présentait aucune utilité.

Quant aux motifs qui avaient pu conduire à séparer les dispositions dont la défaillance était déjà certaine du vivant du testateur de celles qui n'éprouvaient ce sort qu'après son décès, on les trouve tout naturellement dans cette considération que les actes de dernière volonté ne constituent autre chose que des projets jusqu'à la mort du *de cujus*. C'est à ce moment qu'il peut y avoir au plus tôt un droit *ouvert*, comme nous le disons aujourd'hui. S'il s'agissait d'une institution pure et simple, elle était immédiatement déférée (*delata* [1]), quoique non encore acquise à l'héritier. Il dépendait de lui de réaliser ou de repousser l'acquisition qui lui était offerte. Mais quand il a prédécédé le testateur, il n'a jamais été à même de tirer parti d'une institution, qui s'est évanouie avant d'avoir produit aucun effet. Par conséquent, à raisonner strictement, il est inexact de dire que l'institué a perdu quelque chose, qu'il se trouve déchu, en d'autres termes, qu'il y a eu *caducité*. Pour les legs non conditionnels, l'influence du décès du testateur est encore plus évidente pour asseoir le droit du légataire, puisque le *dies cedit* [2] avait lieu, dès

[1] Nous avons déjà dit que ce point fut modifié par les lois caducaires, et nous aurons à y revenir.

[2] Depuis les lois caducaires, le *dies cedens* fut reculé jusqu'à l'ouverture des tablettes du testament.

lors, à son insu, et qu'il transmettait son droit à ses héritiers. Mais, s'il n'a pas survécu au testateur, il n'y a point eu en sa faveur une disposition susceptible d'un effet quelconque, et rigoureusement il n'y a pas eu *caducité*.

Ces observations sont de nature à nous faire comprendre comment la qualification de *caduca* a été refusée aux dispositions dont nous nous occupons. On peut sans doute, à bon droit, trouver quelque chose d'exorbitant dans un système qui attribue à certaines personnes privilégiées le droit de recueillir les *quasi-caduca*. Les *patres*, dira-t-on, ne devraient être que des substitués qui, par la faveur de la loi, viennent prendre ce qui *échappe* à quelqu'un. Ici, on va bien plus loin, puisqu'en réalité on fait revivre des dispositions qui étaient tombées à néant, à une époque où elles n'étaient, comme nous l'avons fait observer, qu'à l'état de projets. Quand il y a une vocation *ouverte* au profit d'un individu, et que cette vocation reste sans résultat, on conçoit que cet appelé soit remplacé par un autre. Quand, au contraire, cette vocation même fait défaut, il est difficile de s'expliquer qu'il y ait subrogation à des droits qui n'ont jamais existé. Cette extension de la *caducorum vindicatio* fut-elle l'œuvre des lois Julia et Papia elles-mêmes, ou seulement l'effet d'une interprétation quelque peu abusive, c'est ce qu'il est impossible de décider, quoique la première conjecture soit la plus vraisemblable. Mais, d'un autre côté, nous ne pouvons admettre que les dispositions dites *in causa caduci* ne fussent pas réglées comme les *caduca*, ainsi que l'indique péremptoirement la qualification usitée, et qui n'a certainement pas été inventée au sixième siècle. Néanmoins, l'opinion d'après laquelle le *jus adcrescendi* aurait été appliqué à ce qui était *in causa caduci* a trouvé des défenseurs. Elle a été soutenue notamment par Favre, *Conject.*, liv. IV, chap. XIII, et adoptée par Ramos del Manzano, liv. IV, reliq. XXXVI, nos 23 et suiv. Ce dernier, toutefois, pour éviter d'être en contradiction avec la constitution de Justinien, restreint sa thèse aux parts héréditaires qui défaillaient du vivant du testateur, et abandonne aux règles de la caducité les legs qui viendraient à défaillir dans la même période. Cette distinction ne nous paraît qu'un sacrifice fait à la nécessité de ne pas heurter la loi unique *De cad. toll.*, et ne reposer au fond sur aucun motif sérieux.

Le premier argument en faveur de ce système est tiré d'un fragment de Javolenus, le paragraphe 2 de la loi 39, *De vulg. et pupill.* Le jurisconsulte suppose un testateur qui, ayant institué quatre héritiers, a donné des substitués à trois d'entre eux seulement : du vivant du testateur survient le décès de l'un des trois héritiers pourvus de substitués, ainsi que du quatrième (que nous appellerons Quartus), qui n'avait pas de substitué. Javolenus nous apprend que, dans cette hypothèse, Ofilius et Cascellius avaient décidé que le substitué devait concourir avec les institués au premier degré à recueillir la part de Quartus, et il approuve cette décision. Or, disent Favre et Ramos, l'institution de Quartus se trouve précisément *in causa caduci*; cependant la solution à laquelle s'arrêtent de concert les trois jurisconsultes n'est autre chose que l'application du *jus adcrescendi*. Cujas [1] avait déjà, avant Favre et Ramos, fait observer que ce fragment n'était point en harmonie avec la législation caducaire; mais il rendait parfaitement compte de la doctrine attribuée par Javolenus à Ofilius et Cascellius, en remarquant que ces auteurs, ayant écrit antérieurement à la promulgation des lois Julia et Papia, ils avaient dû résoudre la question d'après les règles du *jus antiquum*. Il est vrai que Javolenus, qui vivait à une époque où ces lois étaient en pleine vigueur, semble reproduire la même solution, en l'appuyant de son suffrage, sans ajouter qu'elle devait être modifiée par suite des principes du *jus caduca vindicandi*. Cujas a omis de répondre à cette objection. Mais l'approbation pure et simple que semble donner Javolenus peut s'expliquer, si l'on songe que ses ouvrages ne nous sont parvenus qu'en passant par les mains de Tribonien et de ses collaborateurs, à qui Justinien, comme il nous l'apprend lui-même [2], avait recommandé de ne rien laisser passer dans le Digeste qui rappelât les lois caducaires. Il n'est donc pas téméraire de supposer que Javolenus, tout en approuvant la décision d'Ofilius et de Cascellius pour le droit de leur époque, avait dû la corriger pour le temps où il vivait. Les compilateurs n'ont conservé que la première partie du texte de Javolenus, qui était la seule exacte, puisque le droit ancien était rétabli. Sous Justinien, en effet, la

[1] T. VII, c. 935.

[2] L. 2, § 6, et l. 3, § 6, C. *De vet. jur. enucl.*

difficulté devait être tranchée comme l'avaient fait autrefois Ofilius et Cascellius, c'est-à-dire que le substitué, prenant la place de l'institué qu'il représente, a les mêmes droits quant à l'accroissement que les institués du premier degré.

Ramos del Manzano se prévaut d'un second texte, qui appartient à Julien, et qui forme la loi 30, *De vulg. et pupill.* Dans l'espèce prévue, il y avait au premier degré deux héritiers institués pour des parts inégales, puis au second degré des substitués appelés à l'hérédité dans les mêmes proportions. Enfin, le testateur avait ajouté que, si les *deux* substitués faisaient défaut, sa succession appartiendrait au troisième degré à divers héritiers, mais suivant de nouvelles proportions. Un seul des héritiers au premier degré survit au testateur; son cohéritier, ainsi que le substitué de ce dernier, sont prédécédés. Julien est d'avis que l'hérédité tout entière doit être attribuée à l'héritier du premier degré survivant, en se fondant sur ce que le testateur n'a entendu appeler le troisième degré que s'il y avait défaut absolu des héritiers qui le précédaient. — Ce texte ne nous paraît pas probant. La véritable question qui préoccupe le jurisconsulte est de rechercher la pensée qu'a eue le testateur en organisant la dernière substitution. Sans doute, si cette dernière substitution fait défaut, la part du cohéritier *primo gradu* prédécédé devra, dans notre système, se trouver *in causa caduci*, et ne pourra pas être dévolue *jure adcrescendi* au cohéritier survivant, qui n'aurait pas d'autre titre à invoquer. Mais n'est-il pas permis de supposer que cet héritier était un *pater*, et que c'est à lui que la part défaillante devait revenir en cette qualité, pourvu que l'on écarte la dernière substitution, dont l'efficacité seule était en question? Julien ne dit pas que l'héritier du premier degré survivant aura toute l'hérédité par droit d'accroissement; il se contente de refuser ouverture à la dernière substitution, qui, si elle eût été admise, aurait fait obstacle à la *caducorum vindicatio* tout aussi bien qu'au *jus adcrescendi* [1].

[1] On peut aussi entendre la décision de Julien en ce sens, qu'il aperçoit une substitution réciproque tacite des héritiers au premier et au deuxième degré dans la précaution qu'a prise le testateur aux yeux du jurisconsulte de subordonner le dernier degré de substitution à la défaillance complète des héritiers précédents. Puisque les substitués ultérieurs avaient le droit d'exclure la caducité, à plus forte raison doit-il en être ainsi pour ceux que le défunt leur a préférés.

Favre et Ramos s'accordent pour invoquer, à l'appui de leur opinion, la loi 10, *Si pars hered.* Papinien expose les faits suivants. Un individu, institué héritier pour partie, avait prédécédé le testateur. Le fils de l'institué, ignorant ce prédécès, administre les biens de l'hérédité au nom de son père, pour la part qu'il suppose être dévolue à ce dernier. Il réalise des ventes, et touche, en conséquence, certaines sommes. Papinien dénie la pétition d'hérédité contre le fils, et accorde l'action *negotiorum gestorum*, qui sera donnée, dit-il, *cæteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet.* Ces expressions, suivant nos adversaires, indiquent le droit d'accroissement, en vertu duquel les autres institués prendraient la part du prédécédé, à titre de cohéritiers, tandis que, si cette part avait été réservée à quelques privilégiés, la mention des *coheredes* sans distinction serait une inexactitude. — Cette loi 10 a fort embarrassé Cujas, qui ne reconnaissait pas les prérogatives des *patres*, et qui faisait de la caducité une aubaine particulière au fisc. Il est clair, en effet, que Papinien ne songe aucunement aux droits du fisc. Les explications, cependant, n'ont pas manqué à Cujas ; car il en donne jusqu'à trois [1]. D'abord, dit-il, on peut supposer que les cohéritiers étaient tous des ascendants ou des descendants du testateur, qui tiendraient le fisc à l'écart, grâce à leur *jus antiquum* ; ou bien, il faut sous-entendre que le testament contenait, au profit des divers héritiers, une substitution réciproque, expédient usité, on le sait, pour écarter l'application des lois caducaires ; ou bien, enfin, le décès de l'héritier dont il s'agit était antérieur non-seulement à la mort du testateur, mais encore à la confection même du testament, ce qui entraînerait sans difficulté les règles du *pro non scripto*, c'est-à-dire le droit d'accroissement. Chacune de ces trois suppositions peut paraître un peu hasardée, surtout la dernière, qui cependant a pour elle, ainsi que le remarque Cujas, le texte des Basiliques. Nous pensons qu'il y a une quatrième explication possible, d'après laquelle cette loi 10 ne mettrait pas en jeu le *jus adcrescendi*, qui, du reste, ne s'y trouve pas exprimé littéralement. Papinien entend parler non pas de *tous* les cohéritiers sans exception, mais seulement de ceux auxquels revient la part du prédécédé. Ces *cæteri coheredes*

[1] T. IV, c. 120 et suiv.

seraient donc uniquement les *coheredes patres*, qui recueilleraient la portion *in causa caduci*, à l'exclusion des *coheredes* simplement *solidi capaces*. Remarquons que l'attention de Papinien ne se porte pas sur la manière dont sera dévolue la part défaillante. Il ne s'occupe que de déterminer l'action possible contre le fils du prédécédé. La façon dont il désigne ceux qui auront à exercer cette action (*cæteri coheredes, ad quos portio defuncti pertinet*) n'exclut pas un choix à faire parmi les divers institués, et ne nous force pas à dire que tous les cohéritiers doivent avoir absolument les mêmes droits.

On peut répondre par un raisonnement analogue à un dernier texte sur lequel Ramos fonde sa doctrine, à la loi 88, § 3, *De legat.* 2°. Ici Scævola suppose deux héritiers institués. L'un d'eux est légataire par préciput d'une *taberna ferraria*, et dans ce legs il a pour associé un esclave du testateur, affranchi par le testament. L'héritier prélégataire vient à prédécéder. Scævola dit que sa part héréditaire revient au cohéritier (*pars hereditatis ejus ad coheredem pertinuit*) ; et il décide que l'esclave affranchi ne perdra pas néanmoins son droit au legs. — La seule question qu'envisage Scævola, et qu'il indique, suivant son habitude, par la manière dont il expose les faits, c'est le sort réservé au legs. Le défunt avait exprimé qu'il voulait mettre l'héritier prélégataire et l'affranchi en état de faire valoir ensemble la boutique (*ita ut negotium exerceatis*). L'association désirée par le testateur étant devenue impossible, on aurait pu douter du maintien du legs. C'est cette raison de douter que repousse Scævola, en décidant que l'affranchi reste légataire (*licet taberna, ut voluit testatrix, exerceri non possit*). Le jurisconsulte, qui se borne à répondre à la question proposée, n'entre pas dans l'examen des motifs qui concentrent toute l'hérédité sur la tête du seul institué survivant. En fait, il en était ainsi. Pourquoi la succession s'est-elle trouvée dévolue à un seul, Scævola ne s'en occupe pas. Cet héritier survivant pouvait être un *pater*, ce qui devait être fréquent. Scævola, en effet, ne mentionne pas d'une manière formelle l'accroissement; ses expressions peuvent très-bien s'entendre de l'exercice du *jus caduca vindicandi* [1].

[1] On pourrait être tenté de puiser un nouvel argument en faveur de l'opinion que nous combattons dans la loi 25, § 1, *De his quæ ut ind.*, de laquelle il résulte que si un légataire, à qui le défunt avait laissé *illicite*,

Nous ajouterons, enfin, à l'appui de la doctrine que nous adoptons, un dernier motif, tiré d'une décision que contiennent les lois 24 et 25 *De her. inst.* Il s'agit d'un testament dans lequel le défunt a institué Titius et Seius, ou celui des deux qui lui survivra : « *Titius et Seius, uterve eorum vivet, heres mihi esto.* » Celse, dans la loi 24, admet que le survivant sera héritier pour le tout; et Ulpien, dans la loi suivante, pour justifier cette solution, nous dit qu'il faut voir une *substitution* tacite dans ces expressions : *uterve eorum vivet.* On ne concevrait pas l'utilité de cette substitution, si la part du prédécédé devait être régie par les principes du *jus adcrescendi.* Aussi, Pothier, n° 8, *Devulg. et pupill.*, fait-il observer qu'à défaut de cette substitution, il y aurait eu application des lois caducaires. La loi 26 étend la même décision à l'hypothèse d'un legs, et nous apprend qu'un sénatus-consulte avait tranché la question en ce sens.

En somme, il nous paraît possible de rendre raison des différents textes objectés par les rares auteurs [1] qui veulent laisser sous l'empire du *jus antiquum* les dispositions dites *in causa caduci.* Ce n'est qu'à regret, cependant, que nous repoussons ce système qui, à nos yeux, serait fort rationnel. Mais nous ne pourrions éviter de nous rallier à l'opinion générale qu'en donnant un démenti à Justinien, et en effaçant la distinction du *pro non scripto* et du *quasi caducum.* Or, nous l'avons dit, il n'est guère permis de suspecter les auteurs du Code, quand ils font précéder le règlement à nouveau du *jus adcrescendi* d'un exposé historique de l'ancienne législation, d'avoir imaginé une catégorie particulière qui n'eût jamais existé. Dira-t-on, pour établir une différence entre les deux catégories, qu'à l'égard de ce qui était *pro non scripto*, la répartition s'opérait même au profit des

vient à mourir *vivo testatore,* c'est le grevé qui doit en profiter. A notre avis, il ne s'agit pas ici des règles de la caducité, mais de celles de l'indignité, qui, en général, bénéficiait au fisc, notamment quand un héritier s'était chargé de faire parvenir quelque chose à un incapable. C'est ce que prouvent les expressions *illicite relictum,* et la comparaison de ce paragraphe 1 avec le *principium* de la loi. Or, en cette matière, il avait été admis, comme nous l'apprend la loi 3, § 2, *De jur. fisc.*, qu'il fallait s'arrêter à l'issue possible de la disposition frauduleuse. « *Et placuit exitum esse spectandum.* »

[1] Ramos indique comme partisans du système qu'il défend les jurisconsultes Beaudouin et Giffanius.

solidi capaces, parce que, la disposition étant réputée non avenue, il fallait en faire abstraction absolue? Les choses auraient été traitées comme si le testateur n'eût pas distribué toute son hérédité, ce qui augmentait la part de tous ceux qui étaient valablement institués. Quand, au contraire, la disposition était utile *ab initio*, mais défaillait dans l'intervalle du testament au décès, il y aurait eu, à proprement parler, *jus adcrescendi*, qui n'aurait pu être invoqué que par les ascendants ou descendants du testateur jouissant du *jus antiquum*. Cette nuance serait rigoureusement possible, et nous la trouvons indiquée dans les commentateurs, qui discutent le point de savoir à quel instant commence à être en vigueur le *jus adcrescendi*. Mühlenbruch, par exemple (t. XLIII, p. 246), fait rentrer dans son domaine les parts héréditaires qui défaillent *vivo testatore*, tandis que M. de Wangerow (§ 494) repousse en pareil cas l'idée d'un véritable accroissement, parce qu'il répugne à admettre qu'un droit puisse prendre de l'accroissement avant d'être né. Sans doute il se produit un effet analogue à l'accroissement, mais on ne peut pas encore parler d'accroissement véritable : sinon, ajoute-t-il, on devrait dire que la mort de l'un des héritiers présomptifs avant celle du *de cujus* accroît les droits des autres héritiers présomptifs, ce qui lui semble une absurdité.

Nous n'attachons pas une grande importance à cette controverse, dans laquelle l'avantage de l'exactitude nous paraît être du côté de l'opinion de M. de Wangerow. Nous craignons qu'il n'y ait là surtout une dispute de mots, puisqu'on reconnaît que les choses doivent se passer comme s'il y avait *jus adcrescendi*. A nos yeux, le *jus antiquum* s'exerce sur les *quasi-caduca* qui défaillent *vivo testatore* comme sur les *caduca* qui ne défaillent qu'après sa mort. Seulement, si l'on veut soumettre les *quasi-caduca* exclusivement à l'empire du *jus antiquum*, pour n'ouvrir que quant aux *caduca* le *jus patrum*, on arrivera à constituer au profit des ascendants ou descendants un privilége désastreux pour les *patres*, qui étaient cependant ceux que l'on voulait surtout favoriser. Les nouvelles règles auraient eu pour résultat de traiter les *patres* institués plus mal qu'ils ne l'auraient été sous les anciens principes, qui appelaient tous les héritiers à bénéficier des défaillances survenues *vivo testatore*. C'est, au contraire, l'intérêt des *patres* qui est évidemment pris en consi-

dération pour l'attribution des dispositions vacantes qui nous occupent, comme le prouve le langage dont on usait en cette matière. Nous répétons qu'il est impossible d'expliquer autrement la dénomination : *in causa caduci* ; elle entraîne forcément avec elle une idée d'analogie avec les *caduca*. Si l'on admet cette analogie, la distinction du *quasi-caducum* d'avec le *pro non scripto* aura encore un intérêt, indépendamment de la détermination des personnes qui devront profiter de la défaillance, intérêt qui a été signalé par Cujas [1]. Du moment que l'on suit les règles du *jus caduca vindicandi*, il faudra s'y conformer relativement à la translation des *onera*, qui était une charge inhérente au bénéfice de la caducité, tandis que si l'on applique le *jus adcrescendi*, on devra dire qu'il avait lieu *sine onere*. Sous ce point de vue, du reste, malgré l'abolition des lois caducaires, il est encore utile, à l'époque de Justinien, de séparer le *pro non scripto* du *quasi-caducum*. Dans le premier cas, en effet, la transmission de l'*onus* sera exceptionnelle : *nisi perraro* (§ 3 *De cad. toll.*). Dans le second cas, au contraire, il n'y aura *lucrum* que *cum gravamine* (§ 4, *eod. tit.*).

Suivant Justinien, § 2, *De cad. toll.*, une disposition se trouvait encore *in causa caduci*, quand elle était faite sous condition, et que la condition venait à défaillir : « *Vel ipsum relictum expirabat, forte quadam conditione, sub qua relictum fuerat, deficiente.* » Les auteurs entendent en général cette décision uniquement du cas où la condition viendrait à faire défaut du vivant du testateur ; tandis que si elle manquait seulement après sa mort, il y aurait, disent-ils, ouverture à la caducité proprement dite. L'une et l'autre de ces solutions ne sont pas exemptes de difficultés. En effet, le véritable caractère de toute disposition conditionnelle, c'est d'être subordonné à l'événement de la condition, de telle sorte que, si elle ne se réalise pas, la disposition doit être considérée comme non avenue. Il n'y a pas eu, dans ce cas, volonté de donner ; et, dès lors, ce qu'il y aurait de plus raisonnable, ce serait de tenir l'institution ou le legs *pro non scripto*. Ici peut s'appliquer à bon droit cette idée que le testateur n'a pas distribué toute son hérédité, la part assignée conditionnellement étant censée ne l'avoir jamais été *defectu conditionis*, d'après les règles

[1] T. IX, c. 885.

qui gouvernent les rapports de droit conditionnels. Or, assurément on n'a jamais douté que, dans un testament qui ne contiendrait pas une répartition de tout le patrimoine, ce qui restait libre ne dût profiter indistinctement et *pro portione hereditaria* à tous les institués, sans qu'il y eût à établir une préférence pour les *patres*. (Voyez loi 13, § 2, *De her. inst.*). Les textes ne manquent pas pour justifier ce système. Nous citerons en première ligne la loi 26, § 1, *De cond. et dem.*, où il est dit que si, sur deux héritiers, l'un a été institué purement et simplement, l'autre conditionnellement, l'hérédité tout entière, en cas de défaillance de la condition, appartient *jure adcrescendi* à l'institué pur et simple, et que celui-ci transmettrait ce droit d'accroissement à son propre héritier, s'il venait à mourir *pendente conditione* [1]. En vain objecterait-on que les lois caducaires ne s'appliquaient pas quand il n'y avait qu'un héritier *ex asse* qui ne pouvait recueillir l'hérédité. Telle n'est pas l'hypothèse de Julien. Il y a dans l'espèce un héritier institué *pro parte*, dont la présence suffit pour maintenir le testament. A défaut de *coheredes patres*, il pouvait y avoir des légataires ; d'ailleurs, l'*œrarium* ne manquait jamais. Celse, dans la loi 59, § 6, *De her. inst.*, suit la même doctrine. Il suppose deux héritiers, Titius et Mævius, institués chacun pour un tiers ; le dernier tiers a été laissé à Titius, mais sous condition : « *si navis ex Asia venerit.* » D'après le jurisconsulte, Titius est assuré, à tout événement, d'avoir la moitié de l'hérédité. Il n'y aura d'incertitude que pour un sixième de la succession, que Titius ajoutera à cette moitié, s'il survit à l'accomplissement de la condition, mais qui, en cas contraire, obviendra à Mævius par droit d'accroissement. Ici encore, les expressions employées par Celse sont celles dont se sert Julien : « *pars adcrescit.* » Mœcianus et Gaïus se rangent à la même opinion, quand ils décident, l. 6 et l. 7, pr. *De reb. dub.*, que si quelqu'un a été institué conjointement avec un postume,

[1] Cujas, sur cette loi, t. VI, c. 442, admet l'accroissement d'après les anciennes règles, tandis que, dans son commentaire sur la constitution *De cad. toll.*, il range cette hypothèse parmi celles où il y aurait caducité. Heineccius, liv. III, ch. IX, nº II, explique l'accroissement à l'aide de cette idée que, postérieurement à l'adition faite par l'un des héritiers, il n'y aurait plus lieu à l'application des lois caducaires, opinion que nous aurons à examiner plus loin. Schneider, p. 106, suppose que, dans l'espèce, il faut sous-entendre un héritier jouissant de la prérogative du *jus antiquum*.

c'est-à-dire au cas d'un institué pur et simple et d'un institué conditionnel, le premier aura toute l'hérédité à défaut de survenance du postume. Gaïus explique sa décision en ces termes : « *Totum ad te pertinere, quasi ab initio solido relicto.* » Il n'y a là autre chose que l'application de cette doctrine qu'une institution conditionnelle disparaît sans laisser de traces, quand la condition fait défaut, et qu'il faut traiter les choses comme si l'institution n'avait pas été faite *ab initio* [1]. Aussi voyons-nous que l'héritier institué sous une condition négative potestative devait fournir la caution Mucienne à ses cohéritiers, qui profiteraient de l'inaccomplissement de la condition (Ulp. l. 4, § 1, *De cond. instit.*; l. 7, § 1, *De cond. et dem.*).

La même doctrine doit être étendue aux legs conditionnels. C'est ce que démontre un texte bien positif d'Africain, la loi 31, *De cond. et dem* [2]. Le jurisconsulte suppose que le testateur, en affranchissant deux de ses esclaves, Stichus et Pamphila, a chargé son héritier de leur payer 100 dans le cas où ils se marieraient l'un avec l'autre. Stichus vient à mourir avant l'ouverture des tablettes du testament. Le sort réservé au legs fait à Stichus ne peut être douteux; il sera dévolu suivant les principes de la *caducorum vindicatio*. Nous sommes ici en présence de l'un des cas les plus incontestés de caducité. Quant à la portion du legs qui concerne Pamphila, le jurisconsulte dit que cette dernière n'y aura pas droit, à raison de la défaillance de la condition. Mais il ne s'en tient pas là et il ajoute, ce qui est important, que la défaillance profitera à l'héritier : « *Ideoque partem ejus apud heredem remansuram.* » Il est évident qu'Africain reconnaît à l'héritier, nonobstant les lois caducaires, le droit de

[1] Nous ferons observer cependant que ce point de vue n'était pas suivi d'une manière absolue. On s'en écartait, afin de rouvrir la voie à la succession *ab intestat*, dans le cas où le défunt, après un premier testament, en aurait fait un second contenant institution d'héritier sous une condition qui viendrait à défaillir. Le nouveau testament n'en produisait pas moins cet effet important que le précédent était rompu, de sorte que la succession était alors dévolue aux héritiers légitimes. Voyez le paragraphe 2, Instit., *Quib. mod. test. inf.*

[2] Ce texte a entraîné Ramos del Manzano à nier la caducité par suite de la défaillance de la condition *après* la mort du testateur. Cependant, il ne fait pas difficulté pour admettre la quasi-caducité, si la défaillance se produisait *vivo testatore*. Voyez liv. IV, *Reliq.*, XXXVI, nos 13, 14 et 28.

rétention, qui, autrefois, s'exerçait généralement toutes les fois qu'un légataire venait à manquer sans laisser de conjoint, et qui, désormais, ne s'applique qu'aux legs qui sont tenus *pro non scriptis*. Sa pensée ne se porte point sur le *jus caduca vindicandi*, qui aurait pu compéter à l'héritier en qualité de *pater*. Sinon, il n'aurait pas séparé la portion du legs qui défaille par le décès du légataire *ante apertas tabulas* de celle qui défaille à raison de l'inaccomplissement de la condition, puisqu'elles auraient subi toutes deux le même sort. Or, le texte est bien clair pour indiquer une différence entre ces deux parts. Peut-être est-ce aussi dans le même sens qu'il faut entendre ce que dit Ulpien dans la loi 59 pr. *De cond. et dem.*, quand il décide que le legs *intercidit* alors que le légataire vient à mourir *pendente conditione*, ce qui rend impossible l'accomplissement de la condition. Cette expression semble, en effet, indiquer qu'en pareil cas la disposition sera anéantie pour ne produire aucun effet ; et il nous semble hasardeux de prêter à Ulpien cette pensée que le legs sera traité comme *caducum*, ainsi que le pensent Cujas et Heineccius, de telle sorte qu'il aurait dû être exécuté. En résumé, nous estimons qu'il est permis de révoquer en doute que les divers jurisconsultes dont nous avons cité les fragments aient admis cette source de caducité. Mais probablement on finit par perdre de vue les véritables conditions de la caducité ; et on doit supposer que Justinien n'a fait que constater l'usage qui avait prévalu dans la pratique.

Caduca.—Abordons enfin la troisième des catégories distinguées par Justinien, celle qui offre assurément le plus d'importance ; nous voulons parler des *caduca* proprement dits. Sur ce point encore, les auteurs qui se sont occupés de ces questions sont loin de s'entendre, et nous rencontrerons une grande divergence d'opinions. Il semble cependant qu'il n'y ait rien de plus facile que de déterminer le caractère du *caducum*. L'idée que nous en donne Justinien, dans les derniers mots du paragraphe 2 *De cad. toll.*, n'est-elle pas claire ? La *caducité*, nous dit-il, atteignait tout ce qui venait à défaillir après la mort du testateur. « *Vel mortuo jam testatore hoc, quod relictum erat, deficiebat quod aperta voce caducum nuncupabatur.* » D'un autre côté, la définition que nous a laissée Ulpien du *caducum* ramène les choses au même point de vue.

Pourvu qu'une disposition ait été valablement faite *ab initio*, elle est *caduque*, nous apprend-il, toutes les fois que le destinataire ne peut pas la recueillir pour quelque cause que ce soit, « *aliqua ex causa non ceperit.* » Sans doute Ulpien ne distingue pas la *quasi-caducité* de la *caducité*; mais cette division, comme nous l'avons vu, ne concerne pas l'*époque* à laquelle se produit la défaillance, et n'influe pas sur la manière dont la dévolution doit être faite. Peu importe, en définitive, qu'on réserve l'expression *caducum* pour ce qui fait défaut après la mort du testateur, et qu'on appelle *in causa caduci* ce qui vient à défaillir de son vivant, les règles d'attribution étant les mêmes. Ce qu'il est bon de remarquer, c'est qu'Ulpien, pas plus que Justinien, ne se préoccupe des *causes* qui amènent la défaillance.

C'est précisément parce qu'ils se sont écartés de cette donnée très-simple que les commentateurs ont embrouillé la matière, en cherchant à restreindre plus ou moins les déchéances qui devaient tomber sous le coup de la caducité. On n'a pas voulu accepter franchement le système créé par Auguste pour réprimer le célibat ou l'*orbitas*, et rémunérer la paternité. On a préféré lui prêter des conceptions législatives qui seraient, en réalité, bizarres, capricieuses, et reposeraient sur des chances de hasard, sur des distinctions arbitraires, dont on aurait peine à comprendre les motifs.

Sans doute, le sentiment qui a porté en général les auteurs à resserrer le plus possible le cercle de la caducité s'explique par le caractère odieux qui a toujours été reconnu aux lois Julia et Papia, et se justifie par le témoignage même que nous fournissent à cet égard les compilations de Justinien, où nous voyons que ces dispositions avaient été blâmées par les personnages les plus éminents. Mais, s'il est permis de faire la critique de mesures que d'impérieuses nécessités avaient rendues indispensables, il faut se garder cependant de défigurer un monument des plus importants de la jurisprudence romaine, et de le réduire à des proportions qui nous le présenteraient comme une œuvre incomplète, où la rigueur déployée contre certaines personnes et la faveur accordée à d'autres s'arrêteraient tout à coup, sans qu'il y eût aucune raison de renoncer à maintenir les peines ou les prérogatives.

Cet esprit de répulsion contre les lois caducaires a conduit de

bonne heure à donner un sens étroit au terme *caducité*, dont le domaine a été rigoureusement mesuré, de manière à ne lui abandonner que ce qu'il était impossible de lui refuser. Par suite de cette tendance, la caducité a été bornée aux déchéances qui tenaient directement aux prescriptions des lois nouvelles. Telle était l'opinion dominante chez les anciens auteurs, et elle est encore aujourd'hui, en France, l'opinion commune, si bien qu'elle a été érigée presque en un axiome [1].

Le système que nous combattons a, en quelque sorte, pour fondateur, dans notre ancienne jurisprudence, le plus grand des maîtres, Cujas, qui, en commentant la constitution *De cad. toll.* [2], n'a admis que *cinq* hypothèses de caducité. Voici l'ordre dans lequel il les présente : 1° si, après la mort du testateur, un héritier institué pour partie ou un légataire vient à mourir *ante apertas tabulas ;* 2° si, dans les mêmes circonstances, les mêmes personnes deviennent *peregrini ;* 3° si la disposition testamentaire s'adresse à un *cœlebs*, qui dans les cent jours ne satisfera point à la loi Julia ; 4° si elle est faite au profit d'un Latin Junien, qui, dans le même délai n'acquerrait point la cité romaine ; 5° si, la disposition étant conditionnelle, la condition défaille après la mort du testateur.

Notons, d'abord, que cette dernière hypothèse fait une disparate choquante avec les précédentes. Comme elle ne se rattache en aucune façon aux lois caducaires, on ne voit pas pourquoi elle donnerait ouverture à la caducité, tandis que toutes les autres hypothèses nous offrent exclusivement des cas de déchéance que l'ancien droit ne reconnaissait pas. Aussi avons-nous indiqué plus haut les difficultés sérieuses qui peuvent s'élever sur le règlement de cette cause particulière de déchéance. — D'un autre côté, l'énumération faite par Cujas, de l'aveu même de nos adversaires, n'est pas complète. L'incapacité partielle de l'*orbus*

[1] M. Ortolan, *Explication historique des Instituts*, t. II, p. 581 (6me édition, 1858), s'exprime de la sorte : « C'est une grave cause d'erreur que d'appliquer cette dénomination de *caduca* à tous les cas de défaillance des dispositions testamentaires. A l'époque historique du droit que nous examinons, elle est exclusivement propre aux déchéances introduites par la loi Papia Poppæa. » — Malgré toute la déférence que nous avons pour les lumières de notre savant collègue, nous ne pouvons partager la doctrine à laquelle il a donné l'appui de son autorité.

[2] T. IX, c. 872.

est, en effet, passée sous silence; et néanmoins elle doit appartenir au domaine de la caducité [1], puisqu'elle a sa source dans la loi Papia. Nous en dirons autant pour ce qui dépasserait la quotité disponible autorisée au profit du conjoint. Cette restriction dérive également des lois Julia et Papia, de sorte qu'ici encore le droit de recueillir ce qui échappe à l'incapable devrait être incontestablement dévolu aux *patres*. Seulement, ces additions à faire à la liste donnée par Cujas ne sont que le complément légitime de son système. Elles appartiennent à l'ordre d'idées qui lui sert de règle pour la détermination des *caduca*. Au fond, la condition essentielle qui serait exigée consisterait en ce point que la déchéance tirerait son origine des lois caducaires, sauf ce qui concerne le Latin Junien, dont la position paraît avoir été fixée sur le type de celle du *cœlebs*.

La source de cette doctrine se trouve évidemment dans le titre XVII des *Regulæ* d'Ulpien. Les cas que le jurisconsulte cite comme exemples de caducité, et qui, dans sa pensée, ainsi que nous le démontrerons, n'excluaient pas d'autres causes, ont été transformés en une énumération limitative dans laquelle il faudrait se circonscrire. Mais, quand une fois, grâce à l'ouverture des tablettes du testament, il y a eu délation de l'hérédité ou *dies cedens* du legs, si quelque disposition manque son effet par la répudiation du gratifié, ou par le décès d'un institué qui n'aura pas fait adition, il ne pourrait plus être question de caducité. Celle-ci ne serait plus applicable alors que quelqu'un ne prendrait pas ce qu'il dépendrait de lui de prendre. Telle est la règle posée par Cujas. Désormais, le *jus antiquum* ressaisirait son empire d'une manière générale. Ce seraient les règles du droit antérieur aux lois Julia et Papia qui devraient être observées pour faire la répartition entre les divers ayant droit de tout ce qui viendrait à défaillir.

Ramos del Manzano [2] a suivi la trace de Cujas, dont il s'écarte seulement en ce qu'il exclut, comme nous l'avons dit, du do-

[1] Nous verrons cependant que sur ce point il n'y a pas absence de controverse. Au moins Schneider a-t-il prétendu que la moitié enlevée à l'*orbus* ne devait pas être régie par les principes du *jus caduca vindicandi*. Mais nous croyons que c'est là une opinion isolée, et nous n'avons pu constater qu'elle eût rallié quelques partisans.

[2] L. IV, Reliq. XXXVI.

maine de la caducité l'hypothèse où la condition défaillerait après la mort du testateur. Mais, suivant lui, la caducité ne peut jamais résulter que des prescriptions des lois nouvelles. Dès qu'il y a eu ouverture des tablettes, si quelque appelé, libre des obstacles qui l'empêchaient de profiter de sa vocation, n'en tire point parti à raison d'une cause admise par l'ancien droit, si un institué décède sans avoir acquis au moyen d'une adition, si un héritier ou un légataire répudie, c'est d'après les anciennes règles qu'on doit faire la dévolution.

Heineccius, tout en se rattachant aux idées qui prévalaient sur la réduction à imposer à la caducité, a cependant été amené à en élargir quelque peu la portée, afin de faire une part à certains textes un peu gênants, qui ne permettent guère de fermer aussi promptement la carrière aux *caduca*. Empruntant à Godefroy des distinctions que celui-ci n'avait fait qu'indiquer, Heineccius a créé à leur aide un système modifié, qui, s'il ne lui est pas propre, est du moins généralement connu sous le nom de ce jurisconsulte. L'autorité dont a joui pendant longtemps son commentaire, fort estimable du reste, sur les lois Julia et Papia, nous fait un devoir de nous arrêter un instant à l'examen de ce système, qu'il suffirait presque d'exposer pour le rendre suspect.

Suivant Heineccius, l'ouverture des tablettes du testament n'aurait pas été une barrière infranchissable pour la caducité. Il aurait fallu, en outre, pour mettre en jeu l'ancien droit d'accroissement, cette circonstance que l'un des institués eût fait adition. A partir de ce moment, tous les institués, sans distinction, devraient profiter de la répudiation subséquente de leur cohéritier ou de leur décès arrivé sans qu'il y eût adition de leur part. Mais, si l'on suppose que, même après l'ouverture des tablettes, quelque héritier répudie ou décède sans adition avant qu'aucun autre héritier n'ait accepté, sa part héréditaire aurait été vacante, et serait tombée dans l'*ærarium*, plus tard dans le *fiscus*. L'auteur paraît, en effet, confondre les *caduca* et les *vacantia*, et croire que ces deux expressions étaient employées indifféremment l'une pour l'autre. Nous savons, d'ailleurs, que jusqu'à la découverte de Gaïus, la prérogative des *patres* était restée dans l'ombre, et que le profit de la caducité était généralement attribué au trésor public. — Quant aux legs, voici les singularités qui

auraient été imaginées par les auteurs des lois Julia et Papia. Ils auraient séparé le legs *per vindicationem* de tous les autres. Le droit du légataire *per vindicationem* aurait été sans doute ouvert et transmissible à ses héritiers, par cela seul qu'il avait survécu à l'*apertura tabularum;* mais les autres legs ne seraient devenus transmissibles, même *post apertas tabulas*, qu'autant que le titulaire aurait accepté la disposition. Jusque-là, ils devenaient la proie de l'*ærarium*, à titre de *caduca* ou de *vacantia*. Les choses se seraient passées de la même manière, s'il y avait eu répudiation de la part d'un légataire quelconque. Cependant, le trésor public se trouvait exclu du moment où un seul héritier aurait fait adition. Désormais la défaillance des legs avait lieu au profit des héritiers, à moins qu'il n'y eût un légataire conjoint. En un mot, on retombait alors sous l'empire des anciennes règles.

Nous ferons remarquer que Pothier, s'en tenant à Cujas, son guide ordinaire, avait repoussé les complications dont nous venons de parler, et auxquelles il consacre même quelques mots de réfutation (n° 404, *De legatis*). Mais elles avaient été accueillies par d'autres, notamment par M. d'Hauthuille, dans le travail qu'il a publié en 1834 [1], et où les idées d'Heineccius ont été en général reproduites, sauf les points sur lesquels les commentaires de Gaïus en avaient fourni une condamnation éclatante. L'auteur, résumant à la page 124 les dispositions soumises aux règles introduites par la loi Papia, place sous le n° 4 *celles dont l'appelé devenait incapable ou qu'il répudiait avant que ses cohéritiers ou colégataires eussent acquis leurs droits, mais après l'ouverture du testament.* Il est vrai qu'il les fait entrer dans la catégorie de ce qui était *in causa caduci*, ce qui est indifférent quant à l'ordre de dévolution, mais ce qui n'est pas en harmonie avec les distinctions contenues dans la constitution de Justinien. Avant d'exposer notre propre sentiment sur la théorie des *caduca*, nous tâcherons de faire justice de ce système mixte, dont l'initiative remonte en réalité à Godefroy, mais qui a surtout acquis de la célébrité par les développements que lui a donnés Heineccius.

En ce qui concerne les institutions d'héritier qui défailleraient après la mort du testateur, il y aurait lieu, comme on l'a vu,

[1] Voyez p. 123 et 124.

pour en régler le sort, à séparer trois époques. La première s'étendrait depuis le décès jusqu'à l'ouverture des tablettes. Si, dans cet intervalle, un institué vient à manquer, la caducité ne peut être révoquée en doute, d'après Ulpien, *Reg.*, tit. XVII. Seulement, les idées d'Heineccius ne sont pas bien assises sur la dévolution de cette sorte de *caduca*. Dans son chapitre XLVI, en effet, il reconnaît pour ce cas, sous le nom erroné de *jus antiquum*, un droit en faveur des institués *qui liberos habebant ;* tandis que, dans son chapitre XLIX, il attribue directement à l'*ærarium* le bénéfice de ces déchéances. Aujourd'hui, il n'est plus contestable que l'*ærarium* ne vînt en dernière ligne, et que les *patres* n'eussent la préférence quant à la *caducorum vindicatio*. —La deuxième époque commence à l'ouverture des tablettes, et se prolonge jusqu'à ce qu'un héritier ait fait adition. Dans cette période de temps, Heineccius émet sans restriction et sans concours le droit pour le trésor public de recueillir les institutions qui deviendraient vacantes. Enfin, la troisième époque s'ouvrirait par l'adition faite de la part de l'un des héritiers ; et dès lors on tomberait sous l'empire du *jus adcrescendi*. Il est difficile assurément de concevoir un système plus enchevêtré ; et, pour l'adopter, il faudrait se résigner à dire que les longues élaborations d'Auguste et de ses conseillers n'avaient abouti qu'à un plan bien étrange. Les déchéances de la première époque sont celles dont le sort est le moins douteux. Tout le monde convient qu'elles constituaient de vrais *caduca ;* par suite, aujourd'hui, comme il est bien certain que les *patres* avaient le pas sur l'*ærarium*, on doit attribuer ces parts héréditaires au domaine du *jus caduca vindicandi*. Quant à la distinction des deux autres époques, elle n'a été imaginée que pour expliquer un passage positif d'Ulpien, *Reg.*, tit. I, § 21, duquel il ressort que la répudiation d'un héritier rendait sa part *caduque*, et cela postérieurement à l'ouverture des tablettes : « *Sed post legem Papiam Poppœam quæ partem non adeuntis caducam facit.* » Il est clair qu'il n'y a lieu à s'occuper de l'effet d'une répudiation d'hérédité qu'après sa délation, c'est-à-dire après l'ouverture des tablettes [1]. Jusque-là, l'hérédité n'étant pas *déférée*, on se trouverait en présence d'un acte sans valeur. *Nihil egit*, comme dit le même Ulpien, l. 13,

[1] L. 151, *De verb. sign.* : « *Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.* »

pr. *De adq. vel omitt.* La répudiation serait frappée d'inefficacité, suivant la règle exprimée dans la loi 174, § 1, *De reg. jur.* : « *Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.* ». Mais tout ce qu'il faut conclure du passage d'Ulpien, c'est que la circonstance de l'*apertura tabularum* ne met pas fin, contrairement à l'opinion commune, à la survenance des *caduca*. Il reste toutefois à rendre compte des divers textes qui admettent l'accroissement à l'égard des héritiers après qu'ils ont fait adition. Ces textes, qui sembleraient écarter le *jus caduca vindicandi*, seront examinés, quand nous établirons le système qui nous paraît l'expression de la vérité. Seulement, si le droit d'accroissement doit à une certaine époque faire obstacle au *jus caduca vindicandi*, nous croyons que le plus simple serait d'admettre comme terme le moment de l'ouverture des tablettes. Il faut, à notre gré, se prononcer entre la persistance indéfinie du privilége des *patres* ou sa limitation jusqu'à l'*apertura tabularum*, dont le délai était régulièrement fixé. Quant à l'idée de faire dépendre l'exercice du droit des *patres* du plus ou moins de diligence d'un héritier, qui pourrait ainsi à sa guise couper court à une prérogative légale importante, elle ne peut être acceptée raisonnablement à défaut de preuves concluantes.

Relativement aux legs, nous avons dit que le système de Godefroy et d'Heineccius laissait place encore, après l'ouverture des tablettes et jusqu'à l'adition faite par l'un des héritiers, à une double cause de déchéance, qui, suivant ces auteurs, les rendrait vacants au profit de l'*ærarium*. La première cause de déchéance, étrangère au legs *per vindicationem*, tiendrait à cette circonstance que le légataire décéderait sans avoir accepté, ce qui empêcherait la transmission aux héritiers de tout legs autre que celui *per vindicationem*. La deuxième cause de déchéance, commune à tous les legs, découlerait de leur répudiation, survenue dans le même intervalle.

Sur le premier point, la doctrine d'Heineccius ne peut s'accorder avec ce que nous enseigne Ulpien, *Reg.*, tit. XXIV, § 31, d'après lequel le *dies cedens* des legs purs et simples ou *in diem certum*, qui se plaçait autrefois à la mort du testateur, fut reculé uniformément par la loi Papia jusqu'à l'ouverture du testament, sans distinction de la formule employée par le défunt:

« *Legatorum quæ pure vel in diem certum relicta sunt, dies cedit antiquo quidem jure ex mortis testatoris tempore; per legem autem Papiam Poppæam ex apertis tabulis testamenti.* » Or, l'effet principal du *dies cedens* était d'opérer la transmissibilité aux héritiers, comme le dit encore Ulpien, l. 5, pr. *Quand. dies legat.* Qu'une déclaration de volonté ne fût pas nécessaire pour l'acquisition du legs, c'est ce qui résulte de la loi 16, § 1, *Qui test. fac.*, où il est dit qu'un insensé peut acquérir un legs, parce que l'ignorance de quelqu'un ne fait pas obstacle à ce que des actions lui arrivent. Le jurisconsulte suppose même qu'il s'agit d'un legs qui ne serait pas *per vindicationem*, puisqu'il parle de *personales actiones*. Pomponius, auteur de ce texte, répète la même décision dans la loi 24, pr. *De oblig. et act.*, et cite l'acquisition d'une action au moyen d'un legs comme possible de la part de celui qui n'a aucune volonté. De même, Papinien, dans la loi 77, § 3, *De legat.* 2°, admet que l'émolument résultant d'un testament (et il fait allusion à un legs) est acquis sans le savoir. Il n'y avait qu'un seul cas où l'acquisition du legs dépendît d'une déclaration à faire par le légataire personnellement : c'était le cas du legs d'option, l. 16, *De opt. vel elect.*[1]. Mais précisément, dans cette hypothèse, il s'agissait d'un legs *per vindicationem*, Ulp., *Reg.*, tit. XXIV, § 14. Il semblerait que, s'il y avait lieu de faire une distinction, elle devrait être en sens contraire. Nous savons, en effet, par Gaïus, II, 195[2], qu'en matière de legs *per vindicationem*, il y avait débat entre les Sabiniens et les Proculéiens sur la question de savoir si une acceptation de la part du légataire était nécessaire pour le rendre propriétaire de la

[1] Ici, l'acquisition du legs n'était possible que *post aditam hereditatem*. Cette exception tenait à ce que, jusqu'à Justinien, la faculté d'opter était envisagée comme réservée exclusivement au légataire même. Or, l'exercice de l'option n'étant que la revendication d'un esclave à déterminer parmi ceux de la succession, cette revendication n'était permise qu'après l'adition de l'hérédité, puisque ce n'était qu'à ce moment au plus tôt que le légataire devenait propriétaire. Du reste, l'*optio servi* était au nombre des *actus* dits *legitimi*, l. 77, *De reg. jur.* Les formes de cet acte nous sont inconnues. Nous voyons par la loi 3, § 6, *Ad exhib.*, que le légataire était autorisé à intenter préalablement à son *optio* l'action *ad exhibendum*, qui elle-même ne se conçoit qu'autant qu'il existe un héritier.

[2] M. d'Hauthuille, p. 124, invoque ce passage de Gaïus à l'appui du système d'Heineccius.

chose léguée [1]. Mais le débat n'était relatif qu'à l'acquisition de la propriété, et n'influait en rien sur le *dies cedens* et sur la transmissibilité aux héritiers du légataire.

Cependant Godefroy et Heineccius n'ont pas imaginé la distinction qu'ils ont proposée sans avoir une apparence de motif. Ce motif, ils l'ont puisé dans le paragraphe 3, titre VI, livre III, des Sentences de Paul, qui contient la décision suivante : « *Post diem legati cedentem, actio quæ inchoata non est, ad heredem non transmittitur.* » Au premier abord, ce passage paraît indiquer que la transmission du legs n'est possible qu'autant qu'il y a eu action intentée. Sans doute, la traduction de ces mots : *actio inchoata*, par ceux-ci : déclaration d'accepter le legs, *agnitio legati*, selon la formule de Godefroy et d'Heineccius, pourrait être regardée comme un peu libre, et même trop indulgente, puisque Paul exigerait que l'action eût été exercée. Mais, pour arriver à cette explication de l'*inchoata actio*, Heineccius se fonde sur ce que, dans le paragraphe 7 du même titre, Paul ajoute qu'en matière de legs *per vindicationem*, le droit est transmis aux héritiers, indépendamment de toute déclaration d'accepter émanée du légataire de son vivant : « *Per vindicationem legatum, et si nondum constituerit legatarius ad se pertinere, atque ita post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit, ad heredem suum transmittit.* » Voilà en quoi il y aurait opposition entre le legs *per vindicationem* et les autres : ce qui est reconnu inutile

[1] Si l'on en croit Gaïus, le débat aurait été tranché par une constitution d'Antonin en faveur de l'opinion des Proculéiens, c'est-à-dire, en ce sens que l'acquisition de la propriété ne datait que de l'acceptation du légataire. Toutefois, la conclusion que le jurisconsulte tire de cette constitution peut paraître assez peu légitime. De ce que les Décurions auront à délibérer sur l'acceptation d'un legs fait à leur colonie, on n'aperçoit pas qu'il y ait rien à induire contre la rétroactivité du droit, en supposant une résolution affirmative. Le parti auquel s'arrêta la jurisprudence fut que la propriété de l'objet légué serait *en suspens* jusqu'au jour de la déclaration faite par le légataire. En cas de répudiation, il est censé n'avoir jamais été propriétaire. Mais, pourvu qu'il accepte, le droit de propriété remonte jusqu'au jour de l'adition d'hérédité. Telle est la doctrine admise par les jurisconsultes postérieurs à Gaïus : par Marcien, l. 15, *De reb. dub.*; par Ulpien, l. 44, § 1, *De legat.* 1°, qui, en conséquence, valide le legs *per vindicationem* fait de la part de celui qui aurait légué à son tour ce qu'on lui avait déjà légué, bien qu'il eût testé à une époque où il ignorait le legs fait en sa faveur.

quant à l'un déterminerait en même temps ce qui est nécessaire pour la transmission héréditaire des autres legs. Au surplus, l'idée de cette différence a été suggérée à Heineccius par Cujas, qui l'avait déjà énoncée, mais seulement sous une forme dubitative [1]. Malgré l'autorité des noms qui ont prêté leur appui à cette distinction, elle ne saurait être admise, puisqu'elle est péremptoirement condamnée par des textes positifs. La remarque faite par Paul au sujet du legs *per vindicationem* tenait sans doute au débat dont nous avons parlé sur la date de l'acquisition de la propriété. Le jurisconsulte a voulu dire que tout au moins une déclaration du légataire était indifférente en ce qui concernait la transmission héréditaire de son droit. Quant au paragraphe 3, en supposant qu'il faille tenir pour sincère ce passage, qui ne figure point dans le recueil wisigoth, et qui a été emprunté à la *collatio*, il est possible de s'en rendre compte, ainsi que l'ont fait Schulting et après lui Pothier (n° 281, *De legatis*, note *a*), en disant que ces mots : *actio quæ inchoata non est* sont synonymes de ceux-ci : *le droit n'est pas né*. Paul aurait exprimé simplement cette vérité, que si le droit n'a pas pris naissance du vivant du légataire, qui serait décédé avant le *dies cedens*, c'est en vain que ce *dies* surviendrait plus tard par l'ouverture des tablettes pour un legs pur et simple, par l'événement de la condition pour un legs conditionnel. Les héritiers du légataire n'auront en pareil cas aucune prétention à élever.

Quant au deuxième point, la réserve au profit de l'*ærarium* du bénéfice des legs quelconques répudiés antérieurement à l'adition d'hérédité et postérieurement à l'ouverture des tablettes, elle a paru nécessaire à Heineccius pour ne pas contrarier un texte d'Ulpien, le paragraphe 12 du titre XXIV de ses *Regulæ*, d'après lequel la part d'un légataire qui ne recueillerait pas serait *caduque*, ce qui, pour Heineccius, signifie : appartient à l'*ærarium*. Ici encore Ulpien ne peut avoir en vue qu'un légataire qui s'abstient de prendre ce qu'il pourrait prendre, c'est-à-dire qui refuse après le moment où il lui est permis de se prononcer, en un mot, après l'ouverture du testament. C'est pour ce motif que Godefroy et Heineccius ont jugé à propos de reculer

[1] Cujas, dans ses *Interpretationes* des Sentences de Paul, t. I, c. 425, à l'occasion de ce dernier texte, s'exprime ainsi : « *Quia vero hic ait :* PER VINDICATIONEM, *forsitan non idem obtinuit in legato damnationis.* »

l'époque à laquelle ils donnent carrière au *jus antiquum*. Ulpien n'aurait voulu parler que de l'intervalle entre l'ouverture du testament et l'adition faite par l'un des institués. Il faut, comme on le voit, ajouter au texte d'Ulpien un sous-entendu, dont l'omission serait à peine compréhensible, surtout aujourd'hui que nous avons une décision parfaitement conforme dans le paragraphe 206 du commentaire II de Gaïus. Pour nous, qui admettons sans restriction le *jus caduca vindicandi*, soit après l'ouverture du testament, soit après l'adition de la part de l'un des héritiers, nous pouvons facilement écarter cette distinction. Nous devrons seulement expliquer comment la mention du *jus adcrescendi* entre légataires se rencontre dans certains textes, et comment elle peut se concilier avec la durée illimitée que nous attribuons à la prérogative des *patres*. C'est ce que nous essayerons de justifier, en développant le système qui, à nos yeux, devait être celui consacré par les lois Julia et Papia.

MACHELARD,
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

(*La suite au prochain numéro.*)

LA FÉODALITÉ

ET

LES CHARTES COMMUNALES.

L'établissement de la féodalité dans les campagnes a-t-il eu pour effet d'améliorer ou d'aggraver le sort de leurs habitants?

Je crois qu'il a eu pour effet de l'aggraver. Mais comment, et dans quelle mesure?

Constatons d'abord que la révolution qui a déplacé la souveraineté, et successivement affaibli le pouvoir central au profit des pouvoirs locaux, a été beaucoup plus simple qu'on ne le pense; elle était préparée de longue date; les institutions seigneuriales étaient déjà puissantes, quand les partages, les guerres civiles des princes carlovingiens, et d'autres causes encore enlevèrent au gouvernement central toute sa liberté d'action et tout son prestige[1]. Les seigneurs, comme l'a dit M. Beugnot, recueillirent la souveraineté, parce qu'elle était vacante; ils en furent investis par des actes généraux, ou par des actes particuliers. C'est à tort qu'on les accuse quelquefois de l'avoir usurpée, et rien n'est plus propre qu'une telle accusation à fausser les jugements historiques.

J'ajouterai que le gouvernement seigneurial n'a pas différé d'une manière sensible, à ses débuts, du gouvernement royal. La cour d'un seigneur n'était que l'image de celle du roi réduite à de plus petites proportions; les fidèles ou les vassaux y tenaient le même rang, y prenaient la même part aux assemblées et aux conseils; le système administratif était le même dans toutes ses parties, les institutions locales n'étaient nullement changées.

La féodalité a commencé par être populaire, et il n'est rien de plus simple. Il n'y avait alors aucun besoin d'unité, aucun lien entre les peuples. Les hommes s'accommodaient à merveille

[1] Voyez les leçons de M. Guizot sur l'empire carlovingien.

de petits Etats taillés à leur mesure. Le service militaire y était moins onéreux; on ne combattait que pour des intérêts immédiats. Les guerres des comtes d'Anjou et de Flandre contre les Normands, des ducs de Bourgogne et des comtes de Toulouse contre les Hongrois, des seigneurs de Provence contre les Sarrasins, ont été très-populaires, parce qu'elles avaient un but sensible, qui était de fermer le territoire de chaque province à l'invasion des étrangers et des païens; les populations se levèrent en masse, et les victoires qu'elles remportèrent furent le baptême des nouvelles souverainetés[1].

L'établissement du système féodal n'a donc pas été une oppression; il a été plutôt une délivrance, dans les circonstances où il a eu lieu. Mais, cela reconnu, il faut reconnaître aussi que la révolution qui détruisit pour un temps le gouvernement central était en soi une chose mauvaise, et qu'elle eut des effets plus funestes de jour en jour, à mesure que la souveraineté se morcela davantage, et descendit des duchés aux simples châtellenies. Les dixième et onzième siècles ont été des époques malheureuses; tout ce qui s'y est fait de grand a eu précisément pour but le rétablissement du gouvernement central dans l'Eglise et dans l'Etat, c'est-à-dire la création d'un contre-poids opposé à la féodalité.

On a dit que le régime féodal avait abaissé les petits en élevant les grands. Ce ne serait là qu'une accusation vague et difficile à définir. Des auteurs considérables, entre autres M. Bougnot, ont encore observé que la féodalité avait nui aux campagnes en multipliant les juridictions, en fractionnant quelquefois outre mesure, et surtout en isolant les associations agricoles, les villages, en élevant entre elles une infinité de barrières, en arrêtant les communications, en créant de nouvelles servitudes. Ce furent là, en effet, autant de plaies du moyen âge; la multiplicité des juridictions entraîna des conséquences fâcheuses de toute nature. Un tel système n'était, à aucun point de vue, favorable au développement de la liberté, du travail et du bien-être des populations rurales.

Mais à ces vices, déjà si considérables, la féodalité en joignit

[1] Le fait de la popularité du gouvernement féodal dans son principe a été particulièrement mis en lumière par M. Mignard, dans sa publication du *Roman de Gérard de Roussillon*; 1858, Dijon.

un autre plus considérable encore ; comme elle transférait au propriétaire seigneur des pouvoirs qui, dans une société bien ordonnée, n'appartiennent qu'à l'Etat, et dont l'exercice peut être une source abusive de vexations pour les sujets, elle priva les campagnes de tout recours possible contre l'administration seigneuriale et ses abus. Le tenancier, le cultivateur, ne vit plus au-dessus de lui que la seigneurie, qui représentait l'Etat, et le propriétaire, qui représentait le souverain. Sa liberté, ses droits, ses usages manquèrent de garanties suffisantes, et surtout de garanties judiciaires. Les institutions féodales eurent le malheur de ne pouvoir jamais établir de justice sérieuse, et c'est à l'impuissance de leurs établissements judiciaires que M. Guizot a dû attribuer avec raison l'obligation qu'elles subirent de faire de la guerre un moyen légal de réparer les injustices commises. C'est encore la nécessité d'offrir aux populations un recours contre les abus des pouvoirs dont elles dépendaient d'une manière trop absolue, qui a permis à l'Eglise d'étendre la juridiction de ses tribunaux, et qui l'y a presque obligée.

Le régime seigneurial a eu des effets particulièrement fâcheux en ce qui touche les tributs, les corvées et les charges fiscales de toute sorte, qui ont pesé sur les cultivateurs. Je ne crois pas, à tout prendre, que ces charges aient été beaucoup plus lourdes, ni beaucoup plus nombreuses à cette époque-là qu'à la plupart des autres. En effet, le cens, les rentes, les redevances, les services dus aux propriétaires n'étaient pas sensiblement différents de ce qu'ils avaient été autrefois ; d'un autre côté, les impôts, les contributions aux travaux publics, les péages et autres droits fiscaux de la seigneurie n'étaient au fond que les impôts et contributions que l'Etat exigeait précédemment. Il n'y eut à cet égard qu'une décentralisation fiscale. Mais la fiscalité des seigneurs ne valait pas mieux que celle des rois, et elle pouvait valoir beaucoup moins.

Elle avait d'abord une double raison de s'exercer, puisque le seigneur était à la fois propriétaire et souverain. Or, partout où la propriété et la souveraineté ont été réunies ainsi, elles ont fini par être plus ou moins confondues ; on a cessé de bien distinguer les droits particuliers de l'une et de l'autre, la rente et l'impôt. Le mot de *tribut* présente au moyen âge un sens très-vague et très-général par cela même. Nul doute que ce n'ait été une

des causes les plus puissantes de l'impopularité qui s'est attachée aux souvenirs de cette époque.

Ce n'est pas tout. La seigneurie, pour administrer moins bien que la royauté, dut exiger davantage; il lui fallut payer un plus grand nombre d'agents, et permettre plus souvent encore à ces agents de se payer eux-mêmes, ce qui fut une intarissable source d'abus. Tout porte à croire que les péages, les taxes sur les marchandises, les douanes intérieures se multiplièrent beaucoup.

Maintenant les gouvernements locaux furent-ils plus arbitraires et plus oppresseurs que ne l'était autrefois le gouvernement central? C'est ce qu'il serait difficile de dire; on a en général exagéré beaucoup leur action; on a représenté la féodalité comme étant sortie armée de toutes pièces de quelques capitulaires de Charles le Chauve, et ayant inventé les coutumes locales ou créé un nouveau système financier. C'est une erreur; le principe des coutumes et celui des taxes sont bien plus anciens, la chaîne des traditions n'a pas été brisée un seul jour, et il n'y a eu de changements que dans le détail, comme il y en a nécessairement à toutes les époques. Encore est-il permis de croire qu'il y en a eu moins à cette époque-là qu'à aucune autre, attendu que les changements de ce genre sont toujours le résultat de la création de nouveaux intérêts ou d'un grand mouvement dans les esprits, ou bien encore le fait d'un gouvernement puissant et éclairé. Or, depuis Charlemagne jusqu'à Grégoire VII, on ne vit rien de semblable.

Cependant on a remarqué qu'une des conditions mêmes de la féodalité avait été de maintenir entre toutes les classes de la population une hiérarchie régulière et un assujettissement de plus en plus rigoureux. Tout l'ordre social reposait sur cette base. Je montrerai plus loin qu'il n'y avait guère plus, en ce temps-là, dans toute la France, que des hommes libres; jamais pourtant la liberté à tous ses degrés ne paraît avoir été soumise à plus de restrictions.

On a remarqué aussi que presque partout les paysans étaient désarmés, tandis que les seigneurs avaient autour d'eux des corps permanents de satellites voués de bonne heure au métier des armes et pleins de mépris pour quiconque ne les portait pas. Il y avait donc des oppresseurs et des opprimés. C'est aujourd'hui un lieu commun historique de parler des maux que les gens de

campagne ont soufferts au moyen âge, de ce qu'on s'est plu à appeler, avec plus de souci de l'effet que de la vérité, une terreur de mille ans. J'ignore jusqu'à quel point il est possible de calculer le bien et le mal, et surtout de les peser dans une juste balance. Il est certain que le mal existait, qu'il était grand, et qu'on lui chercha sans cesse des remèdes; que Charlemagne, malgré sa puissance et son génie, ne put imposer à tous les justiciers des règles obligatoires, que l'arbitraire ne fit que croître après lui, et que la société parut longtemps abandonnée aux rapines, aux brigandages, livrée au règne de la force. C'est ce que la correspondance des principaux auteurs ecclésiastiques depuis le neuvième siècle jusqu'au douzième, de Loup de Ferrières, de Guibert de Nogent, de Pierre le Vénérable, montre à chaque page. On n'y voit que doléances sur les crimes du temps, et en particulier sur la tyrannie des seigneurs à l'égard des paysans[1].

Cependant je me défie de certaines exagérations de langage. La fiscalité et ses abus ont toujours inspiré les mêmes plaintes, ou plutôt les mêmes cris, surtout aux auteurs ecclésiastiques, depuis Lactance et Salvien. Au temps dont je parle, le clergé se faisait, bien mieux encore que par le passé, le patron des opprimés et des faibles; il prenait hautement, librement leur défense; il attaquait en face les forts et les oppresseurs. Ce fut lui qui eut l'idée des célèbres trêves de Dieu, et l'on sait que ces trêves furent les premières garanties de la sécurité des cultivateurs. Sans doute, quand les auteurs ecclésiastiques parlent de la tyrannie, ils en font des peintures terribles, mais avons-nous sérieusement le droit d'en conclure que le mal fût alors plus grand que par le passé?

N'oublions pas que ces mêmes auteurs, entre autres Guibert

[1] Voici un passage caractéristique de Pierre le Vénérable (douzième siècle). — « Patet cunctis qualiter seculares domini rusticis, servis et ancillis dominantur. Non enim contenti sunt eorum usuali et debita servitute, sed et res cum personis et personas cum rebus sibi semper immisericorditer vindicant. Inde est quod præter solitos census, ter aut quater in anno vel quoties volunt, bona ipsorum diripiunt, innumeris servitiis affligunt, onera gravia et importabilia imponunt, unde plerumque eos etiam solum proprium relinquere et ad peregrina fugere cogunt. Et quod deterius est, ipsas personas, quos tam caro pretio, hoc est suo, Christus redemit, pro tam vili, hoc est pecunia, venumdare non metuunt... » — *Epist.* 28, lib. I.

de Nogent, regardent les révoltes, les coalitions de paysans comme la pire de toutes les calamités, et ne les présentent pas sous de moins vives couleurs. Ils en font aussi des peintures terribles ; ils frappent de la même réprobation les excès, les brigandages de toute espèce, ceux qui viennent d'en bas comme ceux qui viennent d'en haut.

Or, les révoltes des paysans ne sont pas plus un fait nouveau que les actes de tyrannie des seigneurs. La Bagaudie reparaît souvent dans l'histoire. Ainsi les capitulaires de Louis le Débonnaire font mention de ligues et d'associations armées que formaient en Flandre les serfs et les gens de campagne conjurés pour leur défense commune. Dans les déchirements qui accompagnèrent le démembrement de l'empire carlovingien, il y eut beaucoup de misères et de troubles. Les invasions normandes et les ravages qu'elles causèrent ruinèrent un grand nombre de cantons ; les populations furent décimées par les famines ; la culture des terres fut abandonnée sur plusieurs points, les habitants réduits à vivre de brigandages.

Ces révoltes pouvaient-elles apporter un remède sérieux aux malheurs des temps? Elles n'avaient d'autre résultat que de les aggraver. Elles occupent à coup sûr les plus tristes pages des histoires d'Orderic Vital et de Guibert de Nogent. C'est donc à tort que plusieurs historiens leur ont fait honneur de l'affranchissement des campagnes ou des communes.

Mais si la liberté n'est pas née de la guerre, comme on l'a dit, il n'en importe pas moins d'observer que les campagnes et les villes ont résisté au système féodal en même temps et de la même manière. Il n'y a eu qu'un seul et même mouvement de résistance, parce que la situation des unes était celle des autres. Les villes du moyen âge étaient, à bien peu d'exceptions près, trop faibles et trop petites pour qu'on les distinguât aisément d'avec les bourgs et les villages. Ainsi, les populations urbaines ou rurales eurent alors des intérêts et des destins communs. On ne voit dans leur histoire qu'une seule différence : c'est que les bourgeois des villes, outre la supériorité naturelle qu'ils avaient sur les paysans, jouissaient déjà d'une liberté personnelle plus complète, et trouvaient souvent dans les institutions municipales une protection plus ou moins puissante de leur travail ou de leur propriété. Ils furent donc les premiers à obtenir les garan-

ties que les gens des campagnes, qui les suivaient à quelque distance, n'acquirent que plus tardivement.

Vers la fin du onzième siècle commencent à paraître les chartes accordées par les seigneurs aux villes, aux bourgs, aux communes ou aux paroisses, et qui devinrent la loi de leur gouvernement. Ces chartes constatent et confirment les usages qui régissaient les populations et les droits dont elles avaient la jouissance ; elles règlent leurs obligations. Au douzième et surtout au treizième siècle, elles se multiplient comme à l'infini. Beaucoup d'entre elles étaient données à de simples villages; d'autres comprenaient avec les villes leur banlieue, c'est-à-dire la campagne qui les environnait dans un certain rayon, ordinairement dans le rayon cultivé [1].

Si quelques-unes de ces chartes furent octroyées à la suite d'une guerre, les luttes qui les ont précédées ne sont qu'un signe de la misère qui pesait alors sur les campagnes ou un accident de la conquête de leurs libertés. Les traités entre les seigneurs et les paysans doivent être regardés surtout comme l'effet de ce besoin de fixité et de règle auquel il est impossible que les sociétés n'obéissent pas. Dans toutes les seigneuries, il y avait des usages anciens qui subsistaient, respectés ou non. Il était inévitable que ces usages fussent fixés, garantis ou changés en lois. En veut-on un exemple? Le cens et les rentes que payaient les tenanciers se réglaient sous la première race devant le juge, *judex;* en cas de doute ils étaient déterminés par le serment des intéressés et ne variaient plus [2]. Cette invariabilité du cens était d'autant plus générale et d'autant plus nécessaire que le cens représentait l'impôt actuel aussi bien que la rente du propriétaire, et que les contrats étaient formés la plupart pour une longue durée. Or, la première stipulation des chartes du dou-

[1] L'analogie frappante qui existe entre les chartes des communes et celles des villages, ou plutôt l'impossibilité d'établir de distinction entre elles, a été déjà constatée plusieurs fois, entre autres par MM. Guérard et Beugnot. Les actes qui règlent les droits seigneuriaux, comme les droits d'octroi, de pâture, de poursuite, de justice, etc..., doivent être assimilés aux chartes communales.

[2] C'est ce qu'a prouvé M. Naudet, *Mémoires sur l'état des personnes sous les deux premières races.* (Tome VIII des *Nouveaux mémoires de l'Académie des inscriptions.*)

zième siècle fut précisément celle de l'invariabilité du cens et des redevances.

Les chartes sont donc l'effet de cette révolution lente, mais assurée, qui, depuis plusieurs siècles, et surtout depuis le christianisme, poussait les populations inférieures vers le progrès de la liberté, de la propriété et de tous les droits civils. Le christianisme hâta cette révolution en y préparant les esprits, et l'Eglise en prit l'initiative dans la législation canonique. Elle fut la première à reconnaître ou à garantir les droits de la partie de ces populations qui lui était sujette, et les seigneurs laïques ne firent guère qu'imiter le modèle qu'ils eurent sous les yeux.

Les chartes ne se bornèrent pas là. Elles donnèrent quelquefois aux campagnes une organisation municipale particulière. Des villages reçurent la faculté de se gouverner avec des conseils électifs de pairs, de jurés. Souvent, dans les actes postérieurs au douzième siècle, les expressions de commune et de *commun peuple* sont appliquées aux habitants d'un village, et si l'on aurait tort d'y voir, dans tous les cas, la preuve de l'existence d'un gouvernement communal, elles n'en montrent pas moins qu'il existait une solidarité réelle entre les habitants qui, ayant des intérêts communs, les défendaient en commun, même contre leurs seigneurs.

Ici encore le système des communes et des bourgeoisies, tel que les chartes du moyen âge nous le font connaître, nous ramène au système bien plus ancien des communes gauloises ou germaniques, et nous montre qu'en dépit du temps et des révolutions, les anciens usages ne s'étaient guère modifiés. Ce sont presque partout les mêmes conditions de domicile qu'on exige pour l'entrée d'une commune et pour la participation à l'autorité communale; ce sont les mêmes règles pour le bannissement; partout la compétence de la justice communale s'étend aux contestations pour les héritages, *hors les matières féodales*, et aux affaires criminelles, hors les cas réservés à la justice du roi[1].

Ainsi les *chartes de communes, de franchises, de libertés* (ces mots sont synonymes) furent d'une part la consécration de droits et d'usages antérieurs qui s'étaient conservés en dépit du

[1] Anciens usages d'Amiens, publiés par Marnier.

temps et des révolutions, et, de l'autre, une limitation du gouvernement seigneurial, une garantie contre ses abus, surtout contre les exactions financières[1].

Il en est qui ont été quelque chose de plus. Certaines villes sont devenues des seigneuries et ont eu une vie politique, ont pris part en leur nom aux grands événements contemporains, et ont ainsi joué un rôle assez semblable à celui des villes libres de l'Italie ou de l'Allemagne. Cependant ce sont là des exceptions : il n'y a guère que les grandes villes qui ont eu cette fortune, encore ne l'ont-elles eue en France que pendant un temps fort court. Quant aux bourgs et aux agglomérations rurales, leurs chartes communales n'ont jamais présenté de caractère politique.

En résumé, si le système féodal a aggravé la condition des paysans, il n'a pas arrêté le mouvement d'émancipation continue dans lequel se résume toute leur histoire, et c'est peut-être à l'époque de la rédaction des chartes communales que ce mouvement a eu le plus de véritable puissance.

Il serait injuste de ne pas remarquer aussi que cette émancipation était aidée par quelques circonstances particulières de ce régime même.

Plus l'étendue d'une souveraineté était restreinte, plus il était facile d'établir des liens nouveaux, ou de fortifier les liens anciens qui existaient entre tous ces habitants. L'esprit provincial,

[1] Tout en constatant que la population urbaine et la population rurale ont obtenu à peu près les mêmes droits, et ont été affranchies ensemble ou successivement, tout en observant que les villes ont entraîné les campagnes dans la révolution dont elles prirent l'initiative, il n'en faut pas moins ajouter que là où les villes, jouissant de privilèges mieux établis et mieux garantis, ont vu s'accroître le nombre de leurs habitants, cet accroissement a dû se faire en partie aux dépens des campagnes mêmes. Les paysans riches ou industrieux ont cherché à entrer dans les communautés urbaines, dans les bourgeoisies. La jouissance de franchises plus complètes attirait tellement les paysans dans les villes, qu'il fallut quelquefois accorder aux campagnes des privilèges équivalents, pour empêcher qu'elles ne fussent abandonnées. Mais ce fait n'a pu avoir que des conséquences momentanées, et moins graves que celles qu'il aurait aujourd'hui, parce qu'il n'y avait, dans les villes et les bourgs fermés, aucun développement de commerce ou d'industrie qui fît une concurrence sérieuse à l'agriculture. Cela ne pouvait donc détruire en rien la solidarité d'intérêts et de destinées qui lie l'histoire des villes et celle des campagnes.

l'attachement aux gouvernements provinciaux ne datent pas de cette époque ; mais à aucune autre époque ils n'ont été aussi puissants et ne se sont mieux enracinés dans les familles. Il y avait plus de solidarité qu'on ne pense entre les hommes d'une même seigneurie ; le noble et le vilain n'étaient nullement étrangers l'un à l'autre ; la vie des champs établissait entre eux une communauté réelle d'intérêts et de sentiments. Ils avaient même des droits communs qu'ils maintenaient ensemble. Le seigneur appelait souvent ses hommes à défendre avec lui par les armes les priviléges ou l'honneur de la seigneurie. Il y avait aussi dans la plupart des seigneuries, et surtout dans les seigneuries ecclésiastiques, des restes d'institutions libres, des assemblées de vassaux, de censitaires, ou même de serfs, gardiennes des coutumes traditionnelles, comme le montre le tableau du gouvernement de l'abbaye de Marmoutiers. Les chartes ont constaté ou confirmé ces coutumes ; elles ne les ont pas inventées.

Ce rapprochement des grands et des petits, des hommes de toute origine et de tout rang, l'Eglise le favorisa puissamment. Comme elle possédait de riches territoires et de nombreuses fondations, elle était par cela même investie de pouvoirs publics étendus. Mais son autorité morale était plus étendue encore. Son esprit présidait aux transformations de la société. C'est elle qui a réglé et limité tous les gouvernements de l'ancienne France, et plus particulièrement le gouvernement seigneurial, lorsqu'il fut maître du pays.

« Sache bien, dit Pierre de Fontaines, que, selon Dieu, tu n'as « mie pleine poeste (puissance) sur ton vilain. Donc si tu prends « du sien fors les droites redevances qu'il te doit, tu les prends « contre Dieu et sur le péril de l'âme, et comme robières (vo- « leur). »

L'Eglise mit alors un frein au débordement des intérêts privés ; elle combattit les excès de la décentralisation ; elle réunit les différentes classes de la nation sous des lois communes ; elle s'efforça enfin d'élever graduellement toutes les conditions, depuis la plus haute jusqu'à la plus basse. Si la liberté et l'égalité ont poussé de jour en jour des jets plus vigoureux, elles le doivent surtout au souffle du christianisme, qui fut alors plus puissant qu'à nulle autre époque.

Quelques grands événements ont peut-être aussi contribué à

ces résultats. On a dit que les croisades avaient développé les sentiments de liberté, donné une vive impulsion à l'activité industrielle ou commerciale, assuré surtout la paix publique, cette préoccupation éternelle des gouvernements du moyen âge, en détournant vers un but éloigné les passions guerrières et turbulentes. Mais les historiens se sont peut-être trop hâtés d'en conclure qu'elles avaient émancipé les peuples. Il y eut alors beaucoup d'hommes enlevés à la culture, de propriétés vendues ou engagées, et il n'est pas sûr qu'un tel état de choses ait été favorable aux campagnes et à leurs habitants. Le résultat le plus certain des croisades fut d'affaiblir ceux qui y prirent part, et d'enrichir au contraire ceux qui restèrent en France, particulièrement le clergé, qui fit de très-grandes acquisitions territoriales dans le courant du treizième siècle.

Enfin, les droits des populations rurales trouvèrent la sauvegarde qui leur manquait dans le patronage royal, le jour où ce patronage recommença à s'exercer utilement. L'œuvre de la royauté fut précisément d'enlever à l'administration seigneuriale son indépendance et son irresponsabilité, et de présenter aux gens des campagnes un recours contre ses abus. C'est à quoi menèrent la reconstitution du gouvernement central au temps de Philippe-Auguste et de saint Louis, et le rétablissement d'un système judiciaire efficace au treizième siècle.

On vit alors les caractères, ou plutôt les vices attachés à la féodalité, s'effacer peu à peu, les juridictions particulières diminuer de nombre et d'importance, la sécurité renaître, les barrières qui séparaient les provinces ou les seigneuries s'abaisser, et les populations rurales marcher d'un pas plus assuré au développement de leur travail et de leur bien-être. Toutefois cette révolution, dont les premiers effets sont clairement attestés déjà vers la fin du treizième siècle par Philippe de Beaumanoir, devait être lente. Ce n'étaient encore que des germes, que le temps seul devait mûrir. Dans une révolution de cette nature, ce n'est point par les années que les progrès se mesurent, c'est par les siècles.

A.-C. DARESTE,
Professeur d'histoire à la Faculté des lettres de Lyon.

LES

PARLEMENTS SOUS L'ANCIENNE MONARCHIE,

LEURS GRANDEURS ET LEURS FAIBLESSES.

Mémoires de Matthieu Molé, publiés par la Société de l'Histoire de France.
Mémoires de Barbier.
Histoire du Parlement de Bourgogne, par M. le président de La Cuisine.

A mesure que le cadre de l'histoire de France s'élargit, on sent combien il est nécessaire d'y faire entrer l'étude de nos mœurs et de nos institutions ; on veut saisir de plus près la vie sociale dans ses moindres ramifications. Peu s'en faut que chacune de nos provinces, que chacune de nos villes n'ait son histoire ; celle des Parlements a été cependant à peine explorée, quoiqu'ils tiennent dans nos annales une place considérable ; enfin, aucune institution n'a donné lieu à des jugements plus divers et plus passionnés, et la discussion sur ce sujet est encore loin d'être épuisée.

A côté du Parlement de Paris, qui donnait le plus souvent l'impulsion, les autres Cours souveraines revendiquent une part légitime de notre attention : comme elles étaient animées d'un même esprit, qu'il existait entre elles une certaine solidarité et que les mêmes intérêts y étaient débattus, le rôle de l'une de ces compagnies est, jusqu'à un certain point, celui des autres. En publiant l'histoire du Parlement de Bourgogne, M. de La Cuisine vient de combler une lacune importante de ce vaste sujet : il a sauvé de l'oubli des documents désormais impérissables. On ne saurait trop le répéter, ces sortes de publications ne sont pas destinées seulement à flatter l'amour-propre de telle ou telle province, en donnant du relief aux personnages qu'elle a vus naître ou aux événements dont elle a été le théâtre ; elles éclairent en même temps des problèmes dont l'examen divise et intéresse les esprits sérieux. L'ouvrage de M. de La Cuisine nous donnera l'occasion de rapprocher des faits généraux déjà connus de nombreux épisodes empruntés aux annales d'une grande pro-

vince ; nous y saisirons en raccourci les événements les plus importants de notre histoire ; nous y trouverons les mêmes conflits, les mêmes grandeurs, les mêmes faiblesses.

Toute publication consacrée à un pareil sujet comporte des divisions naturelles. Chaque Parlement a, en effet, sa chronique intime, son histoire politique dans ses rapports avec les pouvoirs locaux ou l'autorité centrale ; on peut la compléter par une biographie de ses membres les plus distingués, à laquelle se rattachent naturellement les épisodes qui peignent les mœurs de chaque époque et les caractères des individus. Un livre ainsi composé, si l'on n'y fait entrer que des renseignements puisés à des sources sûres et encore inexplorées, doit prendre place dans toute collection de mémoires et à côté de nos grandes histoires provinciales.

I.

Le Parlement de Bourgogne s'immisçait dans les affaires publiques au même titre que celui de Paris. On peut porter des jugements divers sur l'origine de ce droit, en contester la valeur, critiquer ou approuver l'usage que les Parlements en ont fait ; on ne peut nier que leur intervention n'ait été très-puissante, soit qu'elle ait été favorable ou défavorable aux vues du pouvoir. Il est certain enfin que le souverain a trouvé souvent dans ces compagnies un précieux appui et, quelquefois aussi, une opposition des plus gênantes. Elles étaient donc une force légitime ou usurpée : il fallait compter avec elles ; et lorsqu'en 1771 le chancelier Maupeou les renversa, il attira sur sa tête une tempête formidable de récriminations, tandis que l'opinion publique considéra comme une heureuse inspiration, à l'aurore d'un nouveau règne, et comme un bienfait signalé de Louis XVI, le rétablissement de ces dangereux soutiens de la monarchie.

Nous nous contenterons, afin de mettre hors de doute l'ancienneté du rôle important des Parlements, de citer deux juges éclairés du commencement et de la fin du seizième siècle, Machiavel et Michel de Castelnau. « Le royaume de France, dit le premier, ne demeure assuré pour autre chose, qu'à cause que les rois y sont obligés à une infinité de lois où se trouve la sûreté de tous les peuples, desquelles lois et ordonnances les Parlements sont les gardiens et protecteurs. »

Employé dans toutes les grandes affaires du temps, Castelnau avait pu comparer nos institutions à celles des autres nations qu'il avait visitées; il s'exprime ainsi : « Les édits ordinaires n'ayant point de force et n'estant approuvez des autres magistrats, s'ils ne sont reçus et vérifiez esdits Parlements, qui est une règle d'Estat, par le moyen de laquelle le roy ne pourroit, quand il le voudroit, faire des loix injustes, que bientost après elles ne fussent rejettées. Le Parlement de Paris est une compagnie illustre de cent trente juges, suivis de trois cents avocats et plus, qui ont réputation entre les peuples chrestiens d'estre les mieux entendus aux loix humaines et au fait de la justice... »

Que serait-ce si nous laissions parler les défenseurs de ses prérogatives? Suivant l'auteur des *Lettres historiques sur les fonctions essentielles du Parlement*, ce corps a seul hérité des pouvoirs des anciens placites généraux des deux premières races. « Les états généraux, qui ont commencé sous Philippe le Bel, ne sont point les anciens Parlements; ils n'en sont qu'une copie imparfaite. L'autorité et les fonctions de ces anciennes assemblées sont tellement demeurées réunies dans le Parlement, que, loin de cesser de les exercer pendant la tenue des états, il les exerce au contraire sur les états eux-mêmes; il réprime par ses arrêts ce qui s'y peut passer de contraire aux lois du royaume. » (P. 142, 1re partie.)

Quelle a été l'importance du Parlement de Bourgogne depuis le seizième siècle? Il est facile d'en juger d'après les données suivantes : à l'époque où la Réforme faisait de nombreux prosélytes, où la conversion d'un catholique au calvinisme donnait un soldat de plus à la guerre civile, et où les décisions plus ou moins indulgentes des cours de justice exerçaient une influence capitale sur ces luttes déplorables, la tranquillité d'une province dépendait jusqu'à un certain point de l'empressement avec lequel le Parlement accueillait les édits relatifs aux affaires religieuses. La Bourgogne, par sa situation, avait des rapports fréquents avec Genève ; ses places les plus importantes furent tour à tour prises et reprises par les protestants et par les catholiques; pendant la Ligue, Mayenne était gouverneur de la province; pendant la Fronde, la faction de Condé y disposait du Parlement; pendant le dix-huitième siècle, Dijon fut un centre intellectuel assez actif, et l'on sait quelle action exerçaient à cette époque les controverses littéraires et politiques sur l'opinion publique, dont les

Parlements se firent les interprètes. Nous passerons en revue chacune de ces trois époques : la Ligue, la Fronde et le dix-huitième siècle, pendant lesquelles les compagnies judiciaires et le Parlement de Dijon, en particulier, se mêlèrent, avec plus d'ardeur que dans d'autres temps, aux affaires publiques.

Pour apprécier sainement leur conduite, il ne faut pas la juger d'après les résultats : lorsque l'on demande compte de ses actes à un personnage isolé, il est permis quelquefois de l'accuser d'imprévoyance, lorsqu'il n'a pas réussi ; il doit justifier des motifs qui l'ont déterminé à prendre un rôle, en même temps que de la moralité de chacune de ses actions. Au contraire, l'histoire des Parlements, aux époques dont nous avons parlé, présente cette particularité qu'ils ont rarement calculé les suites de leurs résolutions les plus graves ; qu'ils ont, la plupart du temps, reçu l'impulsion du dehors, et se sont laissé entraîner au delà de leurs prévisions. C'est ainsi que l'initiative des Parlements, pendant les guerres de religion, est à peu près nulle, quoique leur rôle ait été très-important, et que, pendant la Fronde, ils n'ont pas prévu qu'ils donnaient le signal de la guerre civile. Si, pendant le dix-huitième siècle, leur voix domine toutes les autres, c'est qu'ils étaient la seule puissance dans l'Etat qui se préoccupât sincèrement du bien public et qu'ils se sentaient provoqués à hausser le ton, par le vœu général d'abord, puis par la nécessité d'appuyer avec plus d'insistance sur les principes que le ministère menaçait d'anéantir.

Remarquons en premier lieu que leur rôle commence par être tout à fait passif : ils sont invités à juger les religionnaires et leurs doctrines, à prendre le parti de l'indulgence ou de la sévérité, sans être initiés aux vues secrètes de la cour, dont la politique fut sans cesse variable. En l'absence de précédents, les magistrats se tinrent en garde contre les entraînements et ne suivirent d'autre guide que la voix de leur conscience.

Avant que les partis se fussent compromis par leurs excès, le Parlement de Paris devança en quelque sorte la politique de l'Hôpital, et les nouvelles doctrines le trouvèrent disposé à la modération. Dès 1559, un certain nombre de membres de la Tournelle avaient montré leur répugnance pour l'application de la peine de mort au crime d'hérésie. Le 10 mars, le roi entra au Parlement, fit saisir les conseillers Dufaur et Anne Dubourg,

et évoqua au Conseil le jugement de cette affaire. Pouvait-on prévoir alors que, deux ans après, Catherine de Médicis, devenue régente, appellerait auprès d'elle le roi de Navarre et Coligny, et donnerait ainsi raison aux règles de tolérance proclamées par le Parlement? Et pourtant, ferme dans ses principes, la magistrature, assemblée solennellement en 1561, décida une fois de plus que l'exil était la peine la plus rigoureuse applicable au crime d'hérésie.

Ajoutons, comme preuve de l'extrême circonspection du Parlement, qu'il refusa pendant un certain temps d'enregistrer l'édit de janvier, qui accordait aux réformés le droit d'exercer librement leur culte, même dans les campagnes. Dans cette circonstance encore, il devançait les événements dont personne ne pouvait prévoir la gravité; car, dès l'année suivante (1562), l'édit de janvier fut annulé à Paris, et la guerre civile recommença avec un nouvel acharnement. Dans la capitale, où les partis s'agitaient avec plus de violence pour s'assurer la prééminence, le Parlement était parfaitement placé pour apprécier dans quelle mesure il fallait user de ménagements ou de rigueur. Il avait été témoin du retour du prince de Condé, qui, à la tête de 20,000 hommes, menaçait de devenir le maître de la ville, après avoir désarmé la bourgeoisie. Puis, le duc de Guise s'étant rapproché du connétable, Condé avait été obligé de s'éloigner, les chaires des prédicants avaient été brûlées et les bourgeois avaient repris les armes. Enfin, Guise poursuivit la reine à Melun, à Fontainebleau, où elle était à peu près prisonnière, et Catherine de Médicis réclama de nouveau l'appui du prince de Condé. Dans ces conjonctures, le Parlement ne pouvait que s'efforcer d'atténuer les secousses. Sa conduite, en apparence équivoque, était plus simple qu'elle ne le paraît. Sa modération lui fut pourtant fatale quelques années après, parce que les partis extrêmes ne voient que des traîtres dans ceux qui ne s'abandonnent pas sans réserve à leurs entraînements.

Placé dans une province où les partis s'agitaient avec autant de violence, tandis que Dijon était confié aux mains fermes de Tavannes, zélé catholique, le Parlement de Bourgogne ne fut pas abandonné au même degré à ses seules inspirations : il eut du moins le mérite de rester ferme dans sa conduite, malgré les ordres variables de la cour. Tavannes avait expulsé de la ville

quinze cents huguenots armés de toutes pièces, qui s'étaient réunis dans un seul quartier; il avait repris peu auparavant Châlon et Mâcon sur les protestants. De son côté, le Parlement, attaché aux dogmes exclusifs adoptés par la Sorbonne en 1559, persista plus longtemps que le Parlement de Paris dans son refus d'enregistrer l'édit de janvier 1562. Dans cette circonstance, Claude Lefèvre, premier président, assailli dans sa maison, menacé jusque dans son lit par les huguenots, qui lui reprochaient les résolutions de la compagnie qu'il dirigeait, résista courageusement à leurs menaces.

Les tergiversations de la régente ne se montrèrent dans aucune autre occasion avec plus d'évidence. Le Parlement de Dijon avait envoyé à la cour, pour y faire entendre des remontrances, une députation qui est restée célèbre. A sa tête se trouvait Bégat, simple conseiller ; il fut admis dans le conseil privé, en présence de la reine et du chancelier de l'Hôpital. Chose étrange ! la cour, qui avait exigé l'enregistrement de l'édit à Paris, approuva le refus des magistrats bourguignons. Un mot échappé à un membre du conseil donna aux députés lieu de penser que les résolutions favorables aux réformés ne dureraient pas longtemps. « Le Parlement de Dijon, leur dit-on, se pouvait vanter d'avoir conservé le dernier fleuron de la couronne. » Une lettre du roi fut même adressée à cette compagnie, pour la féliciter de sa conduite.

Telle était la mobilité des événements et des esprits, que des remontrances, qui, au moment où elles étaient délibérées, étaient certainement contraires aux vues du gouvernement, se trouvèrent conformes à ses intentions, au moment de l'arrivée des députés. Rien n'était plus intempestif qu'une approbation aussi franche : du moment où la cour donnait, au mois de mai, son adhésion à des sentiments qu'elle avait paru condamner quelques mois auparavant, les moins clairvoyants devaient en conclure que les concessions faites aux réformés couvraient des intentions opposées ; partant, il n'y avait nul fonds à faire sur les engagements pris ; en accomplissant son devoir, on s'exposait à mécontenter ceux qui l'avaient dicté, tandis que la désobéissance pouvait devenir plus tard un mérite.

Aussi, le Parlement, informé par ses députés que le gouvernement ne voulait *qu'une foi, une loi dans le royaume*, décida que tous ses officiers donneraient leur adhésion solennelle aux

articles de foi arrêtés par la Sorbonne en 1543, sous peine d'exclusion, et les magistrats suspects d'hérésie ne purent se soustraire au serment. La responsabilité de cet excès de rigueur doit remonter jusqu'à la cour qui, au lieu de persister dans sa politique de modération, poussa le Parlement dans la voie où il était déjà engagé [1].

Dès lors, il est facile de comprendre avec quelle répugnance fut accueilli dans la province l'édit de pacification d'Amboise, du 19 mars 1563. Bégat fut député pour la deuxième fois à Paris; mais les remontrances ne furent pas accueillies avec la même faveur que l'année précédente; le chancelier reprit aigrement l'orateur. Les circonstances étaient changées à Paris : Guise venait d'être assassiné; la bataille de Dreux n'avait pas eu de résultats bien décisifs; la royauté désirait suspendre, au moins pour un temps, des luttes fatales aux deux partis, et le Parlement de Dijon reçut l'ordre formel de tenir la main à l'exécution de l'édit de pacification. L'arrêt ne fut rendu qu'après huit jours de délibéré; et, comme cette marque tardive d'obéissance ne l'avait que médiocrement satisfaite, la reine, qui traversait Dijon pour se rendre dans le Midi, résolut de venir en personne au Parlement s'assurer que ses ordres avaient été exécutés.

Cette fois, l'obéissance dépassa son attente; à la suite de l'édit de pacification, les officiers qui avaient été exclus comme relaps des rangs de la magistrature y rentrèrent; la Tournelle se montra moins sévère pour les hérétiques, et les magistrats refusèrent de prendre les armes pour s'opposer aux manœuvres des réformés. S'ils n'avaient consulté que leur intérêt et le désir de plaire à la reine, ils auraient compris qu'elle ne leur demandait qu'un acte de complaisance momentanée, car elle avait suffisamment indiqué ses véritables intentions, en faisant accompagner au Palais son fils devenu majeur par le cardinal de Lorraine, et en acceptant l'hospitalité que lui offrit Tavannes, le plus implacable

[1] L'exemple avait été donné par le Parlement de Paris, dont tous les membres jurèrent les articles de la Sorbonne, le 6 juin 1562, entre les mains du premier président Lemaître. (Discours de rentrée de M. de Marnas, premier avocat général à la Cour de cassation, p. 40.) Le Parlement de Toulouse se montra plus rigoureux que celui de Dijon; vingt-neuf conseillers, soupçonnés de favoriser les idées nouvelles, furent dépouillés de leurs emplois et exilés par leurs collègues. (M. de Bastard, *les Parlements de France*, t. I, p. 604.)

adversaire des réformés. Cette politique équivoque portait ses fruits ; le Parlement perdit toute confiance dans le gouvernement et n'obéit plus qu'avec tiédeur à l'impulsion du maréchal de Tavannes. Il compromit, il est vrai, pour quelque temps son influence dans la province ; mais nous verrons qu'en résistant aux entraînements du dehors, en se tenant à l'écart, malgré bien des humiliations, cette magistrature conserva assez d'indépendance pour servir utilement la cause du roi de Navarre et donner un point d'appui à ses partisans dans la Bourgogne.

Ces faits suffisent pour montrer combien il est difficile de porter, sur la conduite des Parlements à cette époque, un jugement équitable. Il serait injuste de leur reprocher leur tiédeur pour les intérêts de la religion catholique, puisque, à Paris comme à Dijon, ils s'opposèrent plus d'une fois aux fausses concessions que l'on voulait faire aux protestants ; et, en même temps, on ne saurait leur reprocher d'avoir été aussi loin que la cour dans la voie de l'intolérance et des persécutions. Ainsi, le roi et le cardinal de Lorraine ne purent obtenir du Parlement de Paris la condamnation régulière d'Anne Dubourg et de ses collègues ; il fallut les arracher de force à la juridiction de leur compagnie. La conduite des cours judiciaires fut donc pleine de modération, si on la compare aux violences et aux emportements dont les partis donnaient l'exemple ; étrangères aux vues secrètes qui dirigeaient la royauté, elles se tinrent, autant que possible, en dehors des affaires. Grâce à cette heureuse ignorance, le Parlement se prêtait difficilement aux expédients qu'on lui demandait ; il ignorait souvent les périls qui menaçaient la royauté et qui la poussaient à des mesures extrêmes. De là, des résistances et des susceptibilités que l'on prenait pour des caprices : l'accomplissement des formes, les discussions auxquelles donnaient lieu les enregistrements d'édits, l'attachement que les magistrats témoignaient pour les principes et les traditions passaient pour intempestifs. Afin d'obtenir une obéissance plus prompte, le gouvernement voulut initier de plus près le Parlement à ses vues, et Pasquier nous apprend que, peu de temps après la mort du duc de Guise, cinq présidents furent faits conseillers du conseil privé, « afin de ne s'éloigner tant des affaires d'Estat, comme ils faisoient auparavant (livre IV, lettre XXII). »

Ce renseignement nous donne la clef des difficultés qui s'éle-

vèrent à chaque pas, pendant plus de deux siècles, entre le ministère, pressé d'assurer l'exécution de ses projets, et le Parlement, auquel sa constitution donnait le droit d'examiner les édits et d'en retarder la publication. Son aversion pour les nouveautés avait sans doute ses inconvénients ; mais, d'un autre côté, lorsqu'on avait surmonté leurs répugnances, l'adhésion de ces esprits rebelles au mouvement, hostiles par instinct aux financiers, faisait la force du pouvoir qui savait se les concilier.

La modération était ainsi la règle de leur conduite, et par là même le rôle de ces corps devait être des plus modestes, pendant la période orageuse qui nous occupe. En revanche, si on les considère individuellement, de quel éclat brillent dans l'histoire les nobles caractères de ces magistrats, habitués à ne consulter que leur conscience dans les rudes épreuves qu'ils eurent à traverser ! Pendant la Ligue, en effet, la gloire de quelques membres de ces compagnies efface toutes les autres et rejaillit sur l'ordre judiciaire, C'est en ce sens que nous acceptons franchement la conclusion judicieuse de l'historien du Parlement de Bourgogne : « Les hommes, pris à part, l'emportèrent de beaucoup sur le corps entier, dans leurs travaux comme dans leur prudence : le génie des affaires enfin apparut moins dans la conduite de la compagnie que dans les actions particulières de ceux qui auraient pu la gouverner par leurs conseils. »

Le nom du premier président de Harlay est présent à tous les souvenirs et suffirait à l'illustration du Parlement de Paris. Les princes lorrains étaient tout-puissants, et, loin d'avoir pour appui l'opinion publique, la magistrature n'était soutenue dans ses convictions que par le sentiment du devoir : un seul acte de courage de Harlay suffit pour rallier les bons citoyens ; sa noble audace le servit mieux que la faiblesse du président Brisson. Tous les historiens ont raconté cette fameuse séance où Bussy Le Clerc, escorté de sa troupe, somma le premier président de le suivre, ainsi que plusieurs conseillers, à la Bastille ; le reste de la compagnie se leva et voulut partager le sort de son chef : « Il n'y eut bourgeois à qui ce spectacle ne fît sortir les larmes des yeux. » (Maheustre.) Mayenne les délivra plus tard, et de là, Harlay se rendit à Tours, où siégeaient les magistrats fidèles à la royauté. Brisson, au contraire, qui avait accepté la place de premier président, paya de sa vie ses coupables complaisances.

« Ceste cohue du Parlement, substituée à celle qui estoit à la Bastille avec son chef, ne fut pas moins furieuse que les prédicateurs de Paris, tellement prostitués à l'injustice, qu'ils vouloient exterminer tout le sang royal, quand elle députa deux conseillers pour faire le procès au roi Henri III.... » (Le Grain.) On peut dire du moins, pour l'honneur du Parlement, qu'il avait été nécessaire de le mutiler pour lui arracher un acte si contraire à ses traditions, et que les magistrats choisis par Mayenne lui-même eurent encore assez d'indépendance pour faire maintenir la loi salique (1593). Cet acte d'énergie fut l'œuvre du premier président Le Maistre, de du Vair, qui fut depuis garde des sceaux, et de quelques conseillers courageux.

Il est temps de rapprocher de ces événements ceux qui s'accomplirent en Bourgogne à la même époque. A Dijon comme à Paris, Mayenne se vit réduit à la fâcheuse extrémité de s'appuyer sur un parti dont il n'était pas le maître, d'autoriser de son nom des proscriptions qu'il désavouait dans l'âme, et de s'attaquer à des hommes que la persécution grandit. Au premier rang fut Frémyot, le bisaïeul de M^me^ de Sévigné, auquel l'historien du Parlement de Bourgogne a consacré quelques-unes de ses plus belles pages. Aussi grand qu'Achille de Harlay par le caractère, il eut sur lui cet avantage de rendre à leur cause commune des services plus efficaces. Après le meurtre de ses frères, Mayenne, gouverneur de la province, était rentré à Dijon en trompant par un subterfuge grossier la confiance du Parlement, et il avait fait arrêter deux de ses membres. Une sédition excitée par Fervaque menaça le Palais, et les magistrats furent contraints de promettre une obéissance absolue à Mayenne, en s'engageant à ne jamais se séparer de lui, *quelques commandements qui pussent arriver, de quelque part que ce fût.*

Le président Frémyot comprit de bonne heure que le Parlement et la royauté devaient rester solidaires, que la magistrature fidèle rallierait tôt ou tard l'opinion publique, quelque faibles que fussent les premières adhésions. Il conseilla au roi Henri III de réunir à Tours, pour les opposer à la Ligue, tous ceux des membres du Parlement de Paris qui voudraient s'en séparer. Lui-même leva de ses deniers un corps de troupes qui, sous le commandement de Tavannes, occupa la ville de Flavigny. Cette ville se déclara la première pour le roi en Bourgogne, et servit

de refuge aux magistrats dijonnais qui suivaient le même drapeau[1]. Frémyot en fit le centre de ses opérations; sourd aux offres magnifiques qui lui furent faites de la part du duc de Mayenne, il convoqua les états et les élus de Bourgogne, envoya en Suisse et en Allemagne des hommes sûrs pour y faire des levées d'hommes et d'argent. Bientôt le nombre des magistrats réunis dans cette petite ville s'éleva à vingt-trois; autour d'eux vinrent se ranger des avocats, des procureurs, des huissiers; la compagnie rendit des arrêts, rédigea des remontrances et reçut des communications du souverain. En un mot, elle fit reconnaître son autorité dans le ressort, et son crédit s'accrut de toute la considération que perdirent les magistrats demeurés à Dijon.

La liberté, la vie, l'honneur même de Frémyot coururent les plus grands dangers; il n'avait pas craint d'exposer sa personne, en se rendant seul à l'appel du baron de Vitteaux, qui, sous prétexte d'entrer en négociation avec lui, voulait l'attirer dans un piége. Il fut obligé de se défendre contre une accusation de concussion, bien qu'il n'eût jamais manié les deniers publics et qu'il eût sacrifié à son parti sa propre fortune. D'autres ont été exposés aux mêmes dangers et les ont bravés avec la même intrépidité; mais il était réservé à son grand cœur de traverser sans fléchir une épreuve suprême, la plus douloureuse que la fureur des partis ait jamais infligée à un ennemi. Son fils était enfermé dans le château de Dijon où il servait d'ôtage aux ligueurs; son frère, exposé lui-même à leurs mauvais traitements, fut chargé de lui écrire que la tête de son fils tomberait, s'il ne se rangeait pas du côté de Mayenne.

Dans la réponse qu'il fit à cet odieux message, Frémyot fit entendre que sa conduite passée serait la règle de sa conduite future; il laissa parler la tendresse paternelle, sans laisser supposer qu'elle pût obscurcir en lui le sentiment du devoir. Les termes de sa lettre sont à la fois exempts de faiblesse et de bravade : elle respire une grande confiance dans la loyauté de Fervaque à qui elle est adressée, et, en même temps, on lui fait

[1] Tandis que Frémyot réunissait à Flavigny les magistrats bourguignons restés fidèles, Dufaure de Saint-Jory présidait à Castel-Sarrazin les magistrats royalistes du Parlement de Toulouse; ceux de Normandie s'étaient réfugiés à Caen; ceux du Dauphiné, à Romans; ceux de Provence, à Manosque. (Voir le livre de M. de Bastard, t. I, p. 290.)

entendre à quelle honte il s'exposerait en cédant aux conseils sinistres dont il est entouré.

« ...Pleust à Dieu que ma vye feust sacrifiée pour le public et que tout allast bien... Si c'est crime d'estre serviteur du roy et de se retirer dans une ville qui est sous l'obéissance de Sa Majesté, j'ay failly... Sy diray-je librement que j'estymerois mon fils très-heureux de mourir si jeune en la première fleur de son âge pour la chose publique... Je vous suplye donc, Monsieur, croyre que ny les tormens que l'on pourroit me donner, ny ceux que l'on fera à mon fils que je sentiray plus que les miens, ne me pourroient esbranler à faire chose contre mon honneur et le debvoir d'un homme de bien. »

Fervaque sauva les jours du fils si noblement défendu.

Pendant que le Parlement ligueur, humilié, accueillait, sous la pression de la populace, l'apologie du meurtre de Henri III et prêtait serment à Charles X, celui de Flavigny jurait de poursuivre les meurtriers et restait fidèle à la cause du roi de Navarre.

Enfin, lorsque Henri IV, après son entrée à Dijon, voulut récompenser le dévouement de ces magistrats, il pressa Frémyot d'accepter les fonctions de premier président à la place de Brulard, « le seul des premiers présidents du royaume qui lui eût fait de mauvais services. » « A Dieu ne plaise, lui répondit Frémyot, que je m'ingère jamais à la place d'un homme vivant ! » Ce fut lui encore qui sauva la vie de ce même homme qui avait menacé de lui envoyer la tête de son fils.

Il survécut à Brulard et vit passer sur la tête du fils une dignité qui devait être la récompense de ses loyaux services. « Tel fut Bénigne Frémyot, que l'antiquité eût respecté comme un sage et dont Plutarque eût buriné le portrait comme le modèle des vertus civiles unies à l'intrépidité, dans ces temps de fureur où les plus grands esprits se laissèrent emporter par les égarements de la foule. Aussi habile que Jeannin dans la science des négociations, non moins habile dans l'art de commander aux hommes, plus entraînant dans ses rapports et plus ferme par son caractère, il eut encore sur lui l'avantage de n'avoir jamais dévié dans sa conduite, en jugeant la Ligue à son début comme chacun l'apprécia depuis par ses actes. »

Sachons gré à M. de La Cuisine, dont nous reproduisons ici les paroles, d'avoir sauvé de l'oubli quelques traits de cette

noble vie, qui a été mêlée aux événements les plus caractéristiques du seizième siècle. Son histoire est riche en exemples de beaux dévouements. A une époque plus ancienne (1513), après la retraite des Suisses qui venaient d'échouer dans leur attaque contre Dijon, le premier président de Villeneuve exposa volontairement sa vie pour réclamer les ôtages qui avaient été emmenés en Suisse, en garantie des sommes promises par la ville. Ces malheureux étaient depuis seize mois à la merci de la Diète, qui les avait condamnés à mort; le chef du Parlement de Grenoble, livré par les Génois, avait été mis à la question; Villeneuve brava et courut ces dangers; il fut retenu prisonnier et fut depuis racheté comme ôtage avec les autres.

II.

Si nous nous plaçons au temps de la Fronde, nous pourrons mettre en parallèle avec Mathieu Molé, toute distance gardée entre ces deux personnages, l'avocat général au Parlement de Bourgogne Millotet, le dernier de ces magistrats à la fois hommes politiques et hommes d'action, prêts à tout braver pour défendre l'honneur de leurs charges et les droits de l'autorité souveraine méconnue. Molé trouva dans ses hautes fonctions l'influence qui lui était nécessaire pour se porter arbitre entre les partis. Millotet fut obligé d'imposer à ses adversaires par son énergie personnelle et de s'élever au-dessus de son rôle d'avocat général, qui le plaçait sous la dépendance des chefs de sa compagnie. Nous n'avons pas besoin de mettre sous les yeux des lecteurs l'histoire des événements qui donnèrent au premier président du Parlement de Paris l'occasion d'exposer sa tête pour ménager un rapprochement entre la cour et la première Fronde. Les Mémoires publiés sous son nom, en faisant connaître sa pensée intime, ajoutent encore, s'il est possible, à la gloire si pure de ce grand magistrat. On chercherait vainement dans les pages qui sont sorties de sa plume le récit des actes qui ont illustré sa mémoire. C'est à ses ennemis, au cardinal de Retz, par exemple, qu'il faut s'adresser pour connaître jusqu'à quel point il poussa l'héroïsme dans l'accomplissement du devoir.

La franchise de sa conduite a été, il est vrai, mise en doute par Omer Talon, aveuglé, malgré la droiture de ses intentions,

par je ne sais quelles préventions contre Molé. Mais le jugement qu'il porte sur l'ensemble de ses actes ne fait que mieux ressortir le désintéressement de celui qu'il attaque. « M. le premier président, homme plein de vertu et de bons sentiments, sans intérêt particulier, étoit sans honneur dans sa compagnie et sans estime dans le Palais-Royal. La modération qu'il vouloit apporter dans les affaires lui fut imputée à lâcheté de part et d'autre ; les petits artifices avec lesquels il voulut éluder les délibérations de la compagnie s'appeloient, dans le Palais, trahison, et dans le Palais-Royal, foiblesse. Car l'on vouloit qu'il interrompît les délibérations, qu'il empêchât les propositions et qu'il prît sur lui l'envie de toute l'assemblée ; et les zélés du Parlement l'accusoient qu'en toutes sortes d'affaires il abandonnoit toujours l'intérêt du peuple pour être complaisant à la cour. »

Ces lignes, tout en jetant le blâme sur la conduite de l'homme, laissent percer une haute estime pour le caractère et les intentions; elles peignent de plus le rôle de médiateur qui sacrifie sa popularité au dehors, son crédit même dans sa compagnie, pour travailler à la réconciliation. Non, Molé n'a jamais eu recours à des artifices : son dévouement dans cette terrible journée du 28 août 1648, qui suivit l'arrestation du conseiller Broussel, n'est pas celui d'un homme habile qui songeait aux intérêts d'un parti. Trois fois rebuté par la reine, qu'il suppliait, au nom de la paix publique, de faire mettre ses collègues en liberté ; assailli ensuite dans la rue par une troupe de forcenés, eut-il un seul instant la pensée de conjurer le péril, en se vantant de ce qu'il venait de faire pour la cause populaire? Introduit de nouveau auprès de la reine, à la tête de sa compagnie diminuée, son langage fut-il plus amer, plus menaçant ? Incertain du succès de sa démarche, obligé qu'il sera peut-être de traverser une seconde fois la foule, mettra-t-il dans la balance le danger auquel il sera exposé, lui et sa compagnie? Nullement : dans la rue, « il conserva toujours la dignité de la magistrature et dans ses paroles et dans sa démarche, et il revint au Palais-Royal au petit pas, dans le feu des injures, des menaces, des exécrations et des blasphèmes. » Au Palais-Royal, il se contente de dire à la reine « que c'est avec regret qu'ils paroissoient devant Sa Majesté, mais qu'il avoit fallu céder à la force; que ce peuple, sachant que M. de Broussel n'étoit pas en liberté, les avoit arrêtés, les

avoit empêché de passer pour aller au Palais délibérer sur cette proposition ; que, puisqu'ils avoient témoigné ce devoir et qu'il n'étoit pas en leur puissance d'y donner aucun ordre, ils la supplioient de leur accorder la liberté sans condition. »

Molé se préoccupait peu des jugements dont il pouvait être l'objet ; il nous a mis dans la confidence des motifs qui l'ont constamment dirigé : « Que si on fût entré en considération de l'état de la France, dit-il, des désordres qui régnoient partout, *en ce commun amour de la patrie*, chacun auroit pu rechercher les remèdes pour arrêter le cours du mal. »

Ainsi le bien public était l'intérêt unique qu'il proposait à lui-même et aux autres. Il obtint, à force de persévérance et au nom de la justice, le succès que d'autres auraient cherché par des moyens moins avouables ; la signature du traité de Ruel fut le fruit de ses efforts persévérants, de sa fermeté et de sa clairvoyance. Dès que les plus remuants du parti s'étaient aperçus que le désir des plus sages était de traiter sincèrement, ils avaient cherché des prétextes pour rompre les conférences, en dénonçant au Parlement le rôle actif que l'on avait laissé prendre à Mazarin dans les négociations. Dans la journée du 13 mars 1649, Molé imposa par son calme plein de dignité à la foule ameutée, « hérissée de toute sorte d'armes et en résolution de l'assassiner. » Il déjoua les manœuvres des généraux, qui voulaient perpétuer la guerre, afin d'obtenir pour eux-mêmes des conditions plus avantageuses. Dès que le Parlement, dirigé par son chef, eut ratifié ce qui avait été conclu à Saint-Germain, les députés, assurés de trouver un appui dans cette compagnie et dans la bourgeoisie parisienne, travaillèrent avec plus d'indépendance au traité définitif.

Sans lui, le Parlement tombait dans la dépendance absolue des généraux et de l'Hôtel-de-Ville ; la cour se serait trouvée à la merci des prétentions les plus outrecuidantes ; les négociations auraient été dépourvues de bases sérieuses, et l'intérêt public n'aurait pas eu d'organe impartial capable de faire taire les réclamations individuelles. Mazarin, qui, quelques mois auparavant, avait été assez imprudent pour prononcer l'exil du Parlement, n'avait pas prévu alors qu'il serait trop heureux de faire passer par l'intermédiaire de son chef les propositions d'accommodement.

Si nous donnons quelques développements à cet épisode de notre histoire, c'est que nous y trouvons une occasion de peindre un caractère imbu des traditions de l'ancienne magistrature, et, en même temps, d'attribuer à chacun la part de responsabilité qui lui revient dans ces luttes déplorables. Il nous semble que le Parlement de Paris a été jugé avec plus de rigueur que d'équité ; qu'il nous soit permis d'étudier quelle fut sa conduite pendant la période suivante, où il semble avoir perdu toute mesure.

Son rôle n'eut pas la même dignité, celui de son chef n'eut pas la même importance que pendant la première guerre de Paris ; ce n'est pas impunément que les puissances d'un Etat, qui devraient travailler de concert au bien public, sortent de leurs attributions et se mettent en lutte. Le Parlement avait réussi à se faire respecter jusqu'alors ; mais son autorité, soumise à de rudes épreuves, avait souffert, et il ne pouvait pas s'exposer sans imprudence aux mêmes dangers.

Les Mémoires de Molé, pendant l'année 1649, respirent déjà le découragement : quelle ne dut pas être sa tristesse, lorsqu'il vit la cour et les princes par leurs imprudences, le coadjuteur par ses manœuvres, préparer le retour des mêmes calamités ! Le Parlement allait encore une fois être obligé de se prononcer, et, comme la lutte allait devenir plus opiniâtre et plus sérieuse, quel serait le sort des tentatives de conciliation ? Pourrait-il continuer à diriger les esprits de sa compagnie dans des voies modérées ? Il put du moins s'en séparer à temps, dès qu'il s'aperçut que le Palais n'était plus libre et que le succès devait dépendre du sort des armes. Il a été facile à Voltaire de railler « les conseillers Quatresous, Bitaut, Grataut et Crépin, qui prétendaient affermir le trône en mettant au prix de 50,000 écus la tête d'un cardinal premier ministre et en volant 200,000 écus dans les maisons des serviteurs du roi... » Avant de les condamner sans réserve et sans rémission, il est permis de se demander d'abord si le Parlement recommença la lutte librement et par amour du désordre, ou bien s'il fut entraîné, par la nature même de ses fonctions, à prendre parti dans un conflit habilement préparé. On sait que le coadjuteur et ses amis profitèrent des retards apportés au payement des rentes de la ville pour ameuter les rentiers, qui naturellement demandaient justice. Un coup de pistolet tiré dans le

carrosse de l'un des syndics fut représenté comme une tentative d'assassinat qui réclamait l'intervention du Parlement; saisi en même temps d'une plainte du prince de Condé, qui prétendait aussi avoir été victime d'une tentative du même genre dirigée par les frondeurs, il fut contraint de se prononcer. Comme aux plus mauvais jours, le Palais fut encombré d'une foule d'hommes armés dévoués au coadjuteur, que l'on accusait d'avoir pris part au complot. Le premier président, dès la première séance, comprit, aux hésitations de la compagnie, que la cause du bon ordre était perdue; peu s'en fallut même que les récusations prises contre lui par les accusés ne fussent accueillies. Le prince de Condé et ses amis, qui n'avaient pas été assez forts pour faire reculer Gondi tout d'abord, s'adoucirent; le public, qui leur gardait rancune depuis la guerre de Paris, prit, comme toujours, parti pour les plus audacieux, en même temps que le coadjuteur persuada à la reine d'arrêter les princes. Ce coup d'Etat emporta la balance, et le Parlement fut entraîné à rendre un arrêt d'absolution en faveur des factieux, qui en dictèrent les termes.

Les événements qui suivirent furent la conséquence de cette fâcheuse résolution. Le Parlement, et Molé à sa tête, furent les interprètes du sentiment général, lorsqu'ils demandèrent la liberté des princes, qui avaient été évidemment sacrifiés aux rancunes du coadjuteur, du duc d'Orléans et du premier ministre. On ne pouvait se dissimuler, d'un autre côté, que les embarras que l'on avait voulu éviter allaient renaître plus graves que jamais, le lendemain de l'élargissement d'un prince irrité. Ainsi s'expliquent et le langage plein de fermeté du premier président réclamant contre une mesure arbitraire, et l'aigreur de la reine qui croyait avoir donné satisfaction à l'opinion publique en se vengeant de Condé, et qui se voyait forcée d'écouter des remontrances en faveur d'un prince qu'elle haïssait. Le reste est connu. Le coadjuteur se vante d'avoir trompé à la fois le premier président et la reine, en leur laissant croire que la liberté des princes serait demandée et accordée dans les formes, comme une réparation légitime qui ôterait tout prétexte de désordre. Son but, qu'il ne démasqua qu'au dernier moment, était au contraire de réunir ses efforts à ceux des princes et du duc d'Orléans pour emporter d'assaut l'éloignement de Mazarin, seul moyen, sui-

vant lui, d'empêcher la cour de se réconcilier avec Condé aux dépens de la Fronde.

Molé, dans sa bonne foi, et pour donner dans une certaine mesure satisfaction à l'opinion publique, dit quelques mots contre l'administration du cardinal ; le duc d'Orléans se déclara alors énergiquement ; le Parlement, flatté de donner le branle à l'opinion publique, tandis qu'en réalité il tombait dans le piége qui lui était tendu, perdit volontairement de vue le but de ses remontrances ; il insista pour l'exclusion de Mazarin et s'unit avec les autres Parlements : « Il faisoit tous ces mouvements le plus naturellement du monde, s'imaginoit-il ; les ressorts étoient sous le théâtre... » (Retz).

La reine et les plus sages furent d'avis de céder ; le cardinal quitta la France ; le roi et sa mère sortirent peu de temps après de Paris ; les princes délivrés, sachant qu'ils ne devaient rien au bon vouloir de la cour, ne lui en surent aucun gré et ne songèrent qu'à se venger. Anne d'Autriche, persuadée qu'elle avait été jouée, eut plus de confiance que jamais dans les conseils qui l'entouraient ; les esprits étaient aigris, et la guerre inévitable. Le seul qui ne s'écarta pas de la ligne du devoir fut Molé ; il supplia le duc d'Orléans de s'unir sincèrement avec sa souveraine et de rétablir sans arrière-pensée son autorité ; il insista auprès du prince de Condé pour qu'il s'en rapprochât également : « Il lui parla et en père et en magistrat, avec autorité, lui persuadant de voir le roi et la reine, lui montrant qu'il ne lui restoit aucun prétexte : que la reine avoit préféré son amitié à son autorité... » Ses efforts désintéressés nuisirent à la cause qu'il voulait défendre ; car le prince de Condé, s'apercevant qu'il ne pouvait reconquérir à la cour l'influence à laquelle il prétendait, ni rallier à sa cause le Parlement, irrité en même temps de se voir disputer le pavé par le coadjuteur, quitta la capitale et se rendit en Guyenne pour y commencer la guerre civile.

Cependant Molé parvint à empêcher le Parlement d'accorder les levées d'hommes nécessaires pour s'opposer au retour de Mazarin. Il réussit même à faire enregistrer, après de longs débats, la déclaration du roi dirigée contre Condé, nonobstant la vive opposition du duc d'Orléans. Ne craignons pas de le répéter, dans un temps où tout le monde commit des fautes et où quelques-uns allumèrent la discorde pour la satisfaction de leur

ambition personnelle, ce grand corps composé d'éléments divers, dominé souvent par une jeunesse turbulente, fut certainement le moins coupable. Retz le juge avec dédain, mais il lui rend justice sans le savoir. « Le Parlement, disait-il à Gaston, ne s'éveillera que trop en paroles contre le cardinal, mais il s'endormira trop en effet. »

Ne pouvant faire mieux, Molé obtint de cette compagnie qu'elle temporisât, alors que plusieurs mois de répit devaient permettre à la cause royale de reprendre le dessus. Que l'on juge du crédit qu'il avait conservé dans sa compagnie, par le fait suivant. Le 10 janvier 1652, le Parlement était appelé à prendre des mesures énergiques pour rendre impossible le rappel du cardinal; une lettre interceptée renfermait la preuve des intentions du ministre et de la reine; dans les séances précédentes, on avait ordonné qu'il serait informé contre lui, et fait publier la défense de le recevoir; on avait décidé que sur le prix de ses meubles mis en vente, une somme de 150,000 livres serait réservée à celui qui le représenterait mort ou vif; on venait d'apprendre, enfin, qu'il était rentré en France et qu'il marchait sur Paris à la tête d'une armée. C'est au milieu de l'effervescence causée par cette nouvelle, qu'un conseiller proposa de lever des troupes et de les opposer à l'ennemi commun; cette demande fut accueillie avec froideur et l'on se contenta de surseoir à l'exécution de la déclaration rendue contre le prince de Condé. Cependant, le président Bailleul, qui dirigeait ces délibérations, était un homme faible; la reine, qui voulait rompre irrévocablement avec la Fronde et les princes, et qui se croyait assez forte depuis la majorité du roi pour abandonner la voie des transactions, avait rappelé Molé auprès d'elle pour exercer ses nouvelles fonctions de garde des sceaux. Il eût été facile au Parlement, abandonné à lui-même, de colorer sa résistance en invoquant, pour la justifier, la promesse que la reine lui avait plus d'une fois répétée, de ne jamais rappeler son premier ministre. Lorsque la guerre fut irrévocablement engagée, il se contenta de faire des remontrances; son rôle fut, il est vrai, assez insignifiant, grâce aux efforts de ceux qui ne voulaient pas s'exposer à voir la paix se faire sans leur participation, comme cela était arrivé deux ans auparavant. Assaillis individuellement ou en corps par une foule ameutée aux abords du palais, les magistrats refusèrent long-

temps de s'unir ouvertement avec les princes ; à la fin, cependant, après le combat de la porte Saint-Antoine et l'odieux massacre de l'Hôtel-de-Ville, après que le procureur général et les présidents eurent quitté Paris, le Parlement mutilé tomba sous la dépendance absolue de Condé, devenu maître de la ville. On s'explique ainsi comment fut rendu cet incroyable arrêt du 20 juillet, qui instituait le duc d'Orléans lieutenant général du royaume, et représentait le roi comme prisonnier de Mazarin. On comprend qu'une décision semblable ne pouvait avoir d'effet sérieux; vainement encore, après que les compagnies souveraines eurent été transférées à Pontoise, les magistrats restés à Paris prétendirent conserver un reste d'autorité ; tout le monde désirait la paix, et elle se conclut sans difficulté, dès que Condé, engagé définitivement avec l'Espagne, eut quitté la partie.

Pendant les troubles qui agitèrent la Bourgogne, l'avocat général Millotet eut à se défendre contre d'autres adversaires et à remplir un rôle plus ingrat que celui de Molé à Paris. Celui-ci ne se sépara de sa compagnie que sur les ordres de la reine; Millotet, obligé de bonne heure d'entrer en lutte avec ses collègues partisans des princes, dut prendre un point d'appui dans la partie de la population restée fidèle.

Que l'on se représente l'effervescence produite par la nouvelle de l'arrestation des princes, dans une province dévouée à Condé, qui y avait répandu des grâces nombreuses. L'intendant s'était aussitôt concerté avec le premier président afin de faire armer le château et de s'assurer ainsi de la ville. Millotet n'hésita pas à dénoncer ces armements au Parlement; puis, ses conclusions ayant été taxées d'empiétement et de nouveauté ridicule, il osa accuser le premier président Bouchu d'avoir lui-même provoqué cet acte d'hostilité ; il demanda, quelque temps après, que sa voix ne fût plus comptée, comme acquise à l'avance au prince dont il avait reçu des bienfaits signalés. A force d'énergie, il obtint du Parlement des défenses contre les attroupements, et il empêcha qu'une députation fût envoyée à la cour pour demander l'élargissement des princes. Enfin, lorsque Tavannes, vainqueur des troupes royales, se présenta devant Dijon, il s'opposa à son entrée dans la ville.

Au lieu de savoir gré à ce magistrat dévoué d'avoir si bien défendu l'autorité souveraine, dans des circonstances qui pouvaient

lui être fatales, Mazarin eut la faiblesse insigne de déclarer dans une lettre qui fut répandue par le premier président et ses amis, que l'emprisonnement de Condé était un pur effet des volontés de la reine, et qu'il s'y était opposé, autant que pouvait le permettre l'obéissance qu'il lui devait.

C'était approuver indirectement la conduite du Parlement et par là même jeter le blâme sur celui qui lui avait résisté avec tant de vigueur. Plus tard, lorsque la cour passa à Dijon pour assister à la réduction de la ville de Seurre, la reine, abusée sans doute par les conseils de son ministre, alla jusqu'à féliciter le Parlement de sa fidélité, tandis que Millotet était représenté, par le garde des sceaux Châteauneuf, comme un agent de discorde.

Si l'on juge d'après ces actes pleins de duplicité des principes qui dirigèrent trop souvent la reine et Mazarin dans la direction des affaires publiques, on s'explique l'irritation que soulevait cette politique équivoque et les avantages qu'ils donnèrent dans maintes circonstances à leurs adversaires. On peut se rendre compte d'un autre côté de la fermeté dont Millotet avait besoin pour se défendre à la fois contre les manœuvres peu loyales de Bouchu, comblé de bienfaits par Condé et par la reine, et contre la faiblesse de la cour. Au commencement de l'année 1651, il avait été choisi pour maire par les habitants : la nouvelle de l'exil de Mazarin fut le signal de quelques désordres dans la ville ; Millotet fut insulté par des hommes armés qui osèrent tirer des coups d'arquebuse jusque dans sa porte ; plus tard, son élection fut cassée par un arrêt du conseil du roi, auquel ses adversaires donnèrent la plus grande publicité. Mais ses amis élevèrent la voix en sa faveur jusque dans l'enceinte du Parlement, et cette compagnie n'osa sévir contre les personnes qui n'avaient pas craint de la menacer de représailles. Il eût été difficile à un homme vulgaire de s'arrêter sur cette pente et de ne pas céder aux séductions de la popularité : sa modération dans le succès fut peut-être plus remarquable encore que son intrépidité dans le danger. Après la majorité du roi, Condé avait pris les armes de nouveau, et l'un de ses partisans les plus dévoués occupait le château de Dijon, où il réussit à se défendre pendant dix mois contre les troupes royales. La population avait beaucoup souffert, pendant le siége, du feu de cette place, toujours menaçante pour son indépendance ; après la capitulation, une

foule irritée, encouragée par le premier président, s'y précipita, et l'eût infailliblement détruite pour jamais, si Millotet ne s'y fût opposé, au nom de l'autorité royale, avec toute l'énergie dont il était capable.

Après la paix des Pyrénées et le retour du prince de Condé en Bourgogne, Millotet rentra dans l'obscurité. « Accablé de peines et d'années, dit l'auteur de notre histoire, il s'était retiré du monde qui l'avait déjà abandonné, pour se réfugier dans la religion qui demeura sa consolation vers sa fin, comme elle avait fait sa force dans les diverses phases de sa vie. En butte à des inimitiés nouvelles, la calomnie le poursuivit jusque dans sa retraite ; on voulut consulter ses actes les plus intimes, dans l'espoir de le perdre. Cette vengeance fit éclater un désintéressement dont personne ne connaissait le secret. On apprit qu'il avait employé sa fortune et tous les profits de sa dignité à racheter les dettes municipales, à soulager ses amis malheureux, et fait don à la ville de toutes les libéralités qu'il avait reçues de la munificence des gouverneurs. » (T. II, p. 291.)

III.

A partir de cette époque, plus d'un demi-siècle s'écoula jusqu'au moment où les Parlements, retenus, pendant le règne de Louis XIV, dans la limite de leurs attributions judiciaires, s'immiscèrent de nouveau dans les affaires publiques. Sous la Régence, ces grands corps rentrèrent avec plus d'ardeur que jamais dans la carrière orageuse qui leur avait été fermée ; mais alors leur conduite fut bien différente de ce qu'elle avait été un siècle auparavant. Pendant la Ligue et pendant la Fronde, les partis se font la guerre, les armes à la main ; le Parlement, alors même qu'il conserve son indépendance, suit le plus souvent une impulsion étrangère ; il n'arbore pas de drapeau particulier. Il donne son adhésion à la cause qui lui paraît la plus conforme à l'intérêt général ; il se porte comme médiateur et profite des ménagements qu'on lui doit pour s'opposer aux excès les plus fâcheux. Pendant qu'il est à la merci de la Ligue, il maintient la loi salique ; sous la pression de la multitude, pendant la Fronde, il refuse d'armer contre Mazarin. En un mot, lorsqu'il défend la cause de la justice, il peut revendiquer le mérite de ses actes, et

lorsqu'il cède aux menaces et aux entraînements du dehors, il peut jusqu'à un certain point décliner la responsabilité de sa conduite.

Dans le cours du dix-huitième siècle, la guerre civile n'est plus possible, les princes et la noblesse ne sont plus assez puissants pour former un parti dans l'Etat, et lorsque le Parlement entre en lutte avec le pouvoir, il ne cède qu'à ses propres inspirations, bonnes ou mauvaises ; il parlera au nom du bien public, des anciennes libertés, ou de ses priviléges si l'on veut, et son drapeau sera pour un moment celui de tout le monde. De telles circonstances semblent, au premier abord, extrêmement favorables au succès de ses réclamations; et cependant jamais le pouvoir n'en tint moins de compte. Le relâchement des mœurs et l'affaiblissement des caractères avaient gagné toutes les classes ; la cour savait qu'elle n'avait plus à craindre de troubles comme ceux de la Fronde, et, d'un autre côté, la magistrature n'avait pas conservé dans sa conduite la gravité traditionnelle qui commande le respect. Aussi le ministère ne vit dans les tentatives des compagnies judiciaires pour exercer un contrôle sur les affaires publiques qu'une prétention déplacée, et des importunités dont il était permis de se délivrer par tous les moyens.

Témoin ce qui se passa en 1720. A son avénement, le régent avait rendu au Parlement le droit de remontrances, et n'avait pas tardé à lui donner de bonnes occasions d'user de cette prérogative. L'établissement de la banque de Law, et l'édit de 1718, pour la refonte des monnaies, étaient tout au moins des nouveautés inquiétantes qui, au milieu de l'aveuglement général, pouvaient donner matière à toute sorte d'objections. Au refus d'enregistrer l'édit, succéda un arrêt qui interdit aux étrangers de prendre part au maniement des deniers royaux et qui défendit de porter l'argent des recettes ailleurs que dans les caisses publiques. Nous ne rappellerons ce qui suivit : l'arrêt du Conseil qui cassa ceux du Parlement, le lit de justice du 26 août et l'exil de plusieurs magistrats, que pour faire comprendre l'aigreur des dissentiments qui s'élevèrent de bonne heure entre le régent et une compagnie à laquelle il était redevable de son autorité.

En 1720, l'édit qui convertissait la Compagnie des Indes en compagnie de commerce fut présenté inutilement au Parlement, qui refusa de l'enregistrer, et quatre jours après il fut transféré

à Pontoise. Jamais mesure aussi grave ne fut soutenue de la part du pouvoir ou acceptée par les magistrats disgraciés, avec moins de dignité.

« Dès le soir, le régent fit porter au procureur général 100,000 livres en argent et autant en billets, pour en aider ceux qui en avoient besoin ; le premier président eut une somme encore plus forte pour soutenir sa table et tira à diverses reprises plus de 500,000 livres du régent, de sorte que la séance de Pontoise devint une sorte de vacance de plaisir... L'après-midi, des tables de jeu dans les appartements... Le soir, un souper somptueux et délicat pour toutes les jolies femmes et les hommes du bel air qui, dans cette belle saison, venoient journellement de Paris et y retournoient la nuit... » (Duclos.)

Le public s'habituait, dès cette époque, à considérer comme peu sérieuse une lutte dans laquelle les vaincus supportaient aussi gaiement leur disgrâce. L'avocat Barbier rend parfaitement compte, dans son journal, de l'opinion publique, qui jugeait assez sainement cet état de choses : impuissance du côté du Parlement, parti pris du côté du pouvoir. « Nous voulons rester dans la règle, disaient les magistrats. — Mais, leur répondait-on, vous jouez avec des fripons qui n'en ont pas, et vous serez toujours dupes. Et, en effet, leur prétendue tutelle est très-inutile au roi mineur, puisqu'il est hors d'état d'empêcher le prince régent qui, quelquefois, a des vues très-opposées à l'intérêt du roi, de déranger le gouvernement ; et ce défaut d'enregistrement, qui met une barrière entre le peuple et le régent, ne fait qu'empêcher la confiance pour tout ce qu'on fait, et cela redouble le mal. » (Barbier, t. I, p. 71.)

Combien, d'ailleurs, les temps étaient changés depuis un demi-siècle ! Ni Richelieu ni Mazarin n'auraient eu la pensée d'anéantir l'ancienne magistrature pour lui substituer des compagnies amovibles. Dès 1719, le régent avait accueilli ce projet, que le chancelier Maupeou devait exécuter cinquante ans plus tard ; mais il comprit à temps qu'il ne pouvait le tenter sans danger. Law, appuyé de l'abbé Dubois et du duc de La Force, lui proposa de rembourser en papier toutes les charges de judicature et de rendre ensuite les fonctions amovibles. Cette réforme, que l'on se flattait de faire approuver du public, reçut même un commencement d'exécution. Après la translation du

Parlement à Pontoise en 1720, une commission, composée de trois conseillers d'Etat et de dix maîtres des requêtes, siégea aux Grands-Augustins, sous la présidence de Fleuriau d'Arménonville, depuis le mois de septembre jusqu'au mois de décembre. L'affaire de la constitution, que le Parlement refusa d'enregistrer, aigrit encore davantage le régent, et chaque magistrat reçut individuellement l'ordre de se rendre à Blois, où la rentrée devait avoir lieu le 2 décembre. En même temps, le président de Blamont, devenu, dit Duclos, l'espion du prince, fut chargé d'élaborer un projet pour la suppression de sa compagnie. Mais celle-ci s'exécuta enfin; la déclaration relative à la constitution fut enregistrée le 4 décembre et les magistrats furent rappelés le 16 à Paris.

Il n'entre pas dans notre cadre de retracer même en abrégé les nombreux conflits qui s'élevèrent, pendant le règne de Louis XV, entre le ministère et le Parlement. Les querelles ecclésiastiques, les accroissements ou les prorogations d'impôts, les refus de billets de confession, les appels comme d'abus, ne donnèrent que trop d'occasions au pouvoir royal d'user de sa prérogative avec sévérité, et aux Parlements de proclamer les maximes les plus hardies. Qu'il nous suffise d'indiquer le caractère de ces luttes sans issue, où les coups d'Etat ne pouvaient avoir raison des idées nouvelles et d'où l'autorité sortit toujours amoindrie. Aux actes de rigueur dirigés contre eux, les Parlements opposaient un langage de plus en plus agressif, faisant appel à l'opinion publique déjà toute-puissante, cherchant dans le droit public les maximes les plus défavorables au pouvoir absolu. Le résultat de ces discussions fut l'union des compagnies judiciaires, qui prétendirent ne former qu'un seul corps dont toutes les classes étaient solidaires.

Des démissions collectives, suivies de l'exil de cent quarante magistrats pris en dehors de la grande Chambre (en 1732), l'exil de la plus grande partie du Parlement (en 1753), interrompirent le cours de la justice, au grand mécontentement du public, qui s'attacha de plus en plus à la cause de la magistrature. Le ministère, tout en usant de sévérité, n'osa jamais anéantir ce grand corps, dont il se servait à propos pour réprimer les écarts des membres du clergé les plus ardents. En 1753, l'exil des Chambres dura près de dix-huit mois; mais la Chambre royale déléguée

pour juger souverainement les affaires, n'étant reconnue ni par le Châtelet, ni par les procureurs, fut réduite à l'impuissance.

Le danger de ces luttes contre le pouvoir royal augmentait tous les jours, quelques précautions que prît le Parlement pour sauvegarder les droits de la souveraineté proprement dite. En se portant arbitre entre la nation et le roi, il s'arrogeait le droit de définir les limites que le pouvoir ne devait jamais franchir, sous peine de tomber dans un odieux despotisme; et les remontrances, imprimées avant que la publication en pût être efficacement interdite, étaient répandues à profusion et commentées par de nombreux lecteurs.

Cependant, le langage du ministère ou du roi, plus concis, était rempli de réserve, et passait pour l'expression d'une pensée égoïste, plus jalouse de l'autorité que du bien de l'Etat. « Il n'y a sorte de mauvais propos, dit Barbier (t. VI, p. 33), que l'on n'ait tenus indécemment dans Paris, sur le compte du roi; qu'il ne s'applique à aucune affaire et qu'il ne fait que courir ; que quand on tient des Conseils, il s'ennuie, est dissipé, et va et vient dans ses cabinets...; que M. le chancelier et ses ministres lui cachaient tout; qu'il se laissait obséder par des ecclésiastiques et qu'il ne voulait pas même qu'on lui parlât du Parlement... »

Lorsque Louis XV se rendit au Palais, pour y tenir le lit de justice du 13 décembre 1756, « il n'a pas été crié un *vive le roi* dans tout le chemin, en allant ni en revenant; cependant le roi avait l'air assez gai et regardait tout le monde. »

Dès 1732, lorsque cent cinquante conseillers sortirent du Palais, après avoir décidé qu'ils donneraient leurs démissions, le public disait : « Voilà de vrais Romains et les pères de la patrie. » En outre, comme les mêmes difficultés se présentaient dans la plupart des autres Parlements, à Rouen, à Bordeaux, par exemple, où les matières religieuses agitaient les esprits, ces compagnies décimées par les exils, ou frappées par des arrêts du Conseil, proclamèrent les mêmes maximes que le Parlement de Paris. Elles firent taire la jalousie que ce corps avait excitée, en exprimant à plusieurs reprises la prétention de représenter exclusivement la cour du roi. Elles s'unirent de plus en plus étroitement avec lui ; par la force des choses ce concert de remontrances rendit l'opposition plus dangereuse et plus opiniâtre. Les discussions deviennent de plus en plus périlleuses.

Le Parlement de Paris s'était contenté, dans ses premières remontrances, de demander la réduction de telle ou telle imposition ou d'en contester l'opportunité. En 1753, il s'était attaqué aux lettres de cachet, comme si l'on supposait, dit Barbier, que le roi les signait sans qu'il sût de quoi il s'agit, ou que ses ministres soient maîtres d'en délivrer de leur autorité, sans en parler au roi. En 1760, il critique le système financier lui-même. « Une autorité arbitraire règne dans la répartition des plus grandes impositions; il importe de faire régner l'économie dans les dépenses du roi, de mettre des bornes fixes et invariables au montant des dépenses inconnues, en fixant irrévocablement celui des acquits du comptant... »

L'opinion publique dépassait d'ailleurs les intentions du Parlement; on attendait de lui qu'il exigeât communication des registres de la Chambre des comptes, qu'il refusât la vérification des nouvelles taxes, jusqu'à ce que les ministres lui eussent rendu compte de l'emploi du produit des impôts. Il semble même que le pouvoir eut quelque velléité d'accueillir ces prétentions; car, en 1763, le roi invita les compagnies souveraines à lui adresser des mémoires pour l'amélioration de l'administration des finances, et institua, pour les examiner, une commission composée de magistrats pris dans le Parlement, la Chambre des comptes et la Cour des aides.

Toutefois, à partir de l'année 1762, époque où le Parlement de Paris consomma par plusieurs arrêts la ruine de la Compagnie de Jésus, soit qu'il voulût ainsi témoigner sa reconnaissance au gouvernement qui lui avait permis de pousser cette affaire, soit que plusieurs magistrats eussent été gagnés par des gratifications, leur langage devint plus modéré. « On laissait le Parlement tourmenter tranquillement les Jésuites, et pour le récompenser de sa complaisance, on satisfaisait un moment sa gloriole... Il se laissa séduire encore par des grâces que la cour versa très-à-propos sur quelques-uns de ses membres, qu'elle parut admettre dans le secret de l'administration... » (*Vie privée de Louis XV*, p. 66, 68.)

Au contraire, les remontrances des autres Parlements devinrent de plus en plus énergiques. Celui de Bordeaux arrêta, le 29 août 1763, « qu'il est un terme auquel les empires ne doivent laisser, avec le souvenir de ce qu'ils ont été, que celui des

causes qui précipitèrent leur chute, et que le Parlement préparerait ce funeste moment pour la France, par l'enregistrement desdits édits et déclarations... »

A Toulouse, le duc de Fitzjames ayant été jusqu'à mettre aux arrêts les magistrats dans leurs maisons, fut décrété de prise de corps; mais le Parlement de Paris, seul compétent pour juger un duc et pair, cassa la procédure, s'attribua la connaissance de cette affaire et ne donna aucune suite au procès. Celui de Grenoble avait pareillement décrété de prise de corps le marquis de Mesnil, commandant de la province.

Le Parlement de Dijon se montra le défenseur énergique des prétentions parlementaires : en 1764, par l'organe du président de Brosses, il éleva la voix avec vigueur en faveur des Parlements de Toulouse et de Grenoble, qui s'étaient exposés aux représailles du ministère, et ses remontrances eurent pour effet de faire rentrer en grâce les magistrats dont il avait pris la défense.

Nous trouvons dans son histoire, pendant la période de temps qui nous occupe, des épisodes où se peint plus particulièrement l'esprit parlementaire. Comme celui de Paris, le Parlement de Bourgogne ne souffrait pas qu'aucune taxe fût levée dans son ressort, avant que l'édit qui l'autorisait eût été publié après délibération. Le premier président de Berbisey fut accusé par ses collègues d'avoir signé un arrêt qui autorisait la publication de nouveaux édits non enregistrés. On devine quelle révolution causa dans le Palais cet acte d'imprudence et de faiblesse ; nonobstant le refus du chef de la compagnie, le savant Bouhier, président à mortier, assembla les Chambres et fit rendre un arrêt portant défense aux receveurs de se prévaloir de l'ordonnance rendue pour la perception des taxes et à tous huissiers de l'exécuter, *sous peine d'être pourvu contre eux exemplairement*.

On le voit par cet exemple, rien ne pouvait se faire dans une province contre la volonté du Parlement et sans qu'il trouvât moyen d'en prendre connaissance. Il avait sous sa surveillance les officiers mêmes chargés d'assurer par la force l'exécution des édits; armé de lois formidables contre les concussionnaires, il menaçait de poursuivre, comme coupables de forfaiture, les agents qui se seraient permis de lever des taxes dont la légalité n'aurait pas été constatée par un enregistrement. Il y avait ainsi nécessité absolue pour le gouvernement d'envoyer à chaque

Cour de justice les édits ou déclarations qui devaient être ensuite vérifiés et adressés aux officiers du ressort, avec la formule exécutoire. C'est ce qui distinguait un acte légitime d'un acte arbitraire aux yeux des administrés qui s'adressaient au Parlement, lorsqu'ils se croyaient victimes d'exactions illégales.

Un homme énergique, Varenne, osa engager la lutte avec le Parlement de Bourgogne, sur ce terrain périlleux. Il était député de la province et secrétaire de la Chambre des élus ; ceux-ci, comme on sait, étaient autrefois des officiers délégués par les états provinciaux pour assurer l'exécution de leurs décisions. En fait, depuis longtemps, le secrétaire réunissait tous les pouvoirs attribués dans l'origine à la Chambre elle-même. Dépositaire d'une autorité équivoque et mal définie, Varenne crut pouvoir soutenir que les élus représentaient les Etats et avaient seuls, à l'exclusion du Parlement, le droit d'autoriser la perception d'un impôt dans la province. Le Parlement venait de refuser l'enregistrement d'un troisième vingtième et du doublement de la capitation ; Varenne fit contracter en secret un abonnement sur ce vingtième avec le contrôleur général des finances, et lorsque le Parlement se décida à vérifier l'édit ainsi que les lettres patentes qui, d'après ses usages, pouvaient seules autoriser ce contrat, il reconnut que l'abonnement avait été consenti sans que l'on eût attendu la vérification. Une pareille entreprise était bien faite pour irriter des esprits aussi jaloux de leur autorité. Malheureusement, dans la controverse à laquelle il se livra pour réfuter les prétentions des élus, le Parlement ne fut pas très-heureux dans le choix de ses raisons. Il devait lui suffire de comparer ses anciennes prérogatives avec le rôle subalterne de la Chambre des élus et de son secrétaire, et d'invoquer la possession où il était de faire des remontrances que jamais les souverains n'avaient refusé d'écouter.

Au lieu de se renfermer dans ces justes limites, il soutint pour le besoin de sa cause des maximes directement opposées à celles que lui-même et les autres corps judiciaires n'avaient jamais cessé de défendre. Dans la réponse faite aux élus, ils sont représentés comme d'odieux contempteurs de l'autorité souveraine qui appartient au roi sans partage, et dont une partie, bien entendu, est déléguée au Parlement. Les anciens priviléges de la province sont méconnus ; le droit autrefois réservé aux états de

voter les subsides, sur la demande du souverain, est donné comme contraire à l'ancienne constitution de la monarchie. La Bourgogne, dit-on, était soumise à la couronne, sous la deuxième race, et ressortissait au Parlement de Paris. Il était impossible de blesser plus profondément les traditions provinciales ; avouons-le, cette doctrine méritait la réponse qui y fut faite. Suivant les élus, les états participaient, dans l'ordre de l'administration, à l'autorité du prince, que le Parlement représentait dans l'ordre judiciaire ; cette Cour, d'ailleurs, n'avait fait que succéder aux grands jours de Bourgogne qui dépendaient du Parlement de Paris, et comme cette compagnie elle-même n'avait jamais eu le droit ni la prétention de vérifier les impôts votés par les états provinciaux, il s'ensuivait que le Parlement de Dijon était encore moins fondé à réclamer cette prérogative.

Varenne fut l'objet de poursuites ; mais les arrêts rendus pour défendre aux élus de traiter à l'avenir sur aucun impôt non vérifié, ainsi que l'arrêt qui supprimait leur mémoire, furent cassés par diverses décisions du Conseil, et le Parlement fut forcé d'enregistrer les lettres d'abolition obtenues par son adversaire. Du reste, le gouvernement mit fin à cette controverse, en donnant au Parlement l'assurance que les élus ne se prévaudraient pas des arrêts rendus en leur faveur, et que la vérification des édits continuerait à lui être demandée suivant l'ancien usage.

Cette affaire est la première lutte sérieuse qui se soit engagée au nom des principes contre l'autorité des Parlements : à l'époque où elle éclata, les attributions des divers pouvoirs étaient si mal définies dans leur exercice et dans leur origine, que la magistrature attaquée, dont la cause était facile à soutenir, ne se défendit qu'imparfaitement ; l'opinion publique ne parut pas en comprendre la portée. Varenne qui, dès 1760, revendiquait des priviléges qui avaient appartenu aux états et semblait ainsi réclamer pour le pays le vote de l'impôt, fut en butte à une véritable persécution ; on ne vit en lui que le défenseur d'une imposition odieuse ; on menaça de brûler sa maison et ses fils furent forcés de s'expatrier.

La controverse en pareille matière était d'ailleurs pleine de dangers : d'un côté, la magistrature réclamait « pour la conservation des droits du peuple entier, né libre et incapable de ser-

vitude ; elle mettait en opposition les devoirs des rois dont ils sont redevables à la loi et à leurs peuples, aux coups d'Etat du pouvoir absolu, exécutant de fait ce qu'il veut, incompatible avec le caractère de la nation. » D'un autre côté, le ministère, en multipliant les lits de justice, en réduisant à l'impuissance les compagnies souveraines, inquiétait l'opinion publique qui s'était accoutumée, à tort ou raison, à voir dans les Parlements une institution protectrice. Il était imprudent de laisser croire que ces grands corps s'étaient arrogé un rôle usurpé et que leurs remontrances ne méritaient pas d'être exécutées. Car le jour où il serait reconnu qu'il était inutile de s'adresser au pouvoir et au Parlement pour remédier aux maux dont gémissaient toutes les classes de la société ; ce jour-là, il était évident que le nom des états généraux serait énergiquement prononcé. D'ailleurs, tout le monde faisait fausse route, en cherchant dans l'histoire la justification des maximes que l'on opposait les unes aux autres. Les magistrats pouvaient répondre victorieusement aux attaques auxquelles ils étaient en butte : « Si les Parlements ne sont qu'officiers de justice, nommés par le roi pour promulguer la loi et la faire exécuter, faire pendre les voleurs et prononcer sur les procès civils ; s'ils sont amovibles à volonté, il est bien étrange que l'on ait osé exiger la vérification ou, ce qui est synonyme, l'octroi de l'impôt, de gens qui, par leur nature et leur essence, n'avaient pas plus de droit de l'accorder que le moindre bourgeois. Si les ministres pensaient effectivement que les Parlements ne tenaient pas la place des états généraux, ils n'ont dû ni pu les obliger à vérifier l'impôt. » (*Maupeouana.*)

Qu'aurait dit, en effet, le souverain, si, comme le suggère l'auteur de ce pamphlet, les Parlements, renonçant généreusement à leur autorité imaginaire, eussent renvoyé les édits au roi, en lui faisant observer que l'enregistrement n'était pas de leur compétence, et que comme le consentement libre de la nation était nécessaire pour l'autoriser à s'emparer de la propriété de ses sujets, sous la forme de l'impôt, il fallait assembler les états généraux pour l'obtenir ? Tel fut le langage que tinrent les Parlements en 1788 ; mais alors il était trop tard pour jouer avec les mots, et la révolution allait passer dans les faits.

Du reste, sans sortir des limites de leurs attributions naturelles, les Parlements n'eurent que trop d'occasions d'entrer en lutte

avec le pouvoir ministériel qui ne cessa d'étendre la compétence des intendants. Colbert avança beaucoup cette œuvre laborieuse dans laquelle il ne procéda pas toujours suivant les règles de la justice. Il invoqua trop souvent les droits de l'autorité souveraine qui lui était déléguée, pour imposer d'autorité ses décisions et couper court à toute réplique. Il trouva dans le Parlement de Bourgogne un premier président, défenseur plein de dignité des traditions parlementaires, dont le langage élevé contraste avec la sécheresse des dépêches du ministre. Il faut lire dans le livre de M. Thomas (*Une province sous Louis XIV*) les lettres dans lesquelles le premier président Bastard défend les priviléges de sa compagnie. Elles ne sont pas inférieures à ses belles harangues, que l'on peut citer comme un modèle dans un siècle où les chefs-d'œuvre abondent dans tous les genres.

Pendant toute sa carrière, il lutta pied à pied contre les mesures de Colbert qui devaient avoir pour conséquence, soit d'amoindrir la juridiction du Parlement au profit du pouvoir administratif, soit de modifier sa discipline intérieure et ses rapports avec ses officiers subalternes. M. Thomas ne s'est pas montré équitable dans ses jugements. Lorsque le Parlement défend ses officiers ou sa juridiction attaquée, il le blâme de ne pas se prêter de bonne grâce « à la *simplicité supérieure des combinaisons administratives du ministère.* » Et pourtant n'était-ce pas toucher à sa constitution même que de lui ôter le droit de nommer les procureurs? N'était-ce pas substituer l'arbitraire à l'ordre légal que de permettre à l'intendant d'imposer les particuliers d'office, de leur interdire tout recours au Parlement, de les contraindre à payer nonobstant tous arrêts contraires, et de s'attribuer les amendes (1661)? En 1665, l'intendant s'arroge le droit de condamner à mort un paysan qui avait tué un garde; puis, nonobstant l'appel porté au Parlement, intervient un arrêt du Conseil qui maintient la condamnation. C'est à l'intendant que l'on attribue la connaissance exclusive de toutes les difficultés qui tenaient à l'assiette des tailles, aux élections des maires et échevins, à la liquidation des dettes des communautés...

Nous reconnaissons volontiers que ces envahissements étaient un progrès vers la constitution de la juridiction administrative; mais il n'est pas moins vrai que les actes dont se plaignait le Parlement n'étaient justifiés par aucune loi; nous le demandons

alors, peut-on blâmer une juridiction qui, ayant pour elle la tradition constante, réclamait le maintien de ses attributions contre des coups d'autorité?

Brulard se fit l'organe de ces plaintes, et, tout en succombant le plus souvent, il sut si bien associer dans son langage son respect pour le souverain au sentiment de son autorité blessée, que jamais le pouvoir ne put lui reprocher d'avoir fomenté des cabales dans sa compagnie, ni celle-ci l'accuser d'avoir sacrifié ses privilèges aux vues du ministère.

Jaloux à l'excès de leurs prérogatives, les magistrats bourguignons les défendirent quelquefois mal à propos. Dans une circonstance décisive où il eût été nécessaire d'oublier ses prétentions et ses plus chers intérêts, cette compagnie compromit, contre toute raison, sa réputation de patriotisme.

La province était ravagée par les troupes de Galas, et les travaux de défense de la ville ne pouvaient s'exécuter sans que chacun s'imposât des sacrifices ; le Parlement, qui avait promis d'abord une contribution de dix mille livres, revint sur ses offres et refusa de s'associer aux mesures de sûreté, nonobstant les ordres du roi les plus menaçants. « Il alla jusqu'à refuser de loger des gens de guerre, que le salut de la province avait fait appeler de toutes parts ; on vit un conseiller, sur l'ordre exprès de la compagnie, se laisser saisir dans ses meubles plutôt que de se soumettre aux charges publiques. » La grande Chambre cassa un arrêt du maire qui avait contraint un de ses membres à recevoir dans son logis un officier du roi ; cet officier n'était autre que Turenne (1636).

La même histoire contient deux récits qui laissent planer sur l'impartialité des magistrats les plus fâcheux soupçons.

Tabouet, procureur-général au Parlement de Chambéry établi par François Ier en 1537, avait été en butte, de la part de ce corps, à des réprimandes sévères dont il résolut de tirer vengeance. Il s'attaqua au premier président Pellisson et à plusieurs autres magistrats ; il les accusa de faux et de malversation. Le Conseil du roi, saisi de cette plainte et des réponses des accusés, attribua l'affaire au Parlement de Grenoble. Dès le début, on s'aperçut que Tabouet avait répandu à Paris des préventions défavorables à ses adversaires ; ses sollicitations furent assez puissantes pour que les poursuites, à peine commencées, fussent dé-

férées au Parlement de Dijon et l'affaire portée à la Tournelle, au lieu de l'être à la grande Chambre, contrairement à toutes les règles. Les accusés furent déclarés convaincus de faux ; Pellisson fut condamné à des amendes considérables, et la confiscation de ses biens prononcée ; en outre, malgré son grand âge, il fut contraint à faire amende honorable à son adversaire en pleine audience. Si le Parlement de Dijon avait méconnu quelques-unes des formes essentielles de la justice, le Parlement de Paris ne se montra pas plus scrupuleux dans la deuxième phase de cette affaire.

Pellisson avait obtenu du Conseil privé la remise des peines prononcées contre lui et des lettres patentes qui attribuaient la révision de son procès au Parlement de Paris. Le 16 mai 1555, un premier arrêt cassa celui de Dijon et ordonna que Tabouet serait poursuivi comme calomniateur. Puis, comme des magistrats venus de Dijon pour soutenir la justice de leur décision s'étaient plaint que l'arrêt eût été rendu sans leur participation, un deuxième arrêt du Conseil créa une commission mixte composée de magistrats pris dans les deux compagnies et de six maîtres des requêtes.

Cependant le Parlement de Paris ne tint aucun compte de ces prescriptions ; il jugea sans l'assistance des magistrats bourguignons et condamna Tabouet à faire à son tour amende honorable à ceux qu'il avait humiliés cinq ans auparavant.

Malheureusement il n'est que trop avéré que le Parlement de Dijon, et peut-être celui de Paris, cédèrent successivement à des suggestions intéressées.

L'historien de Thou nous apprend que le duc d'Aumale, gouverneur de Bourgogne, dans l'espoir de tirer profit de la confiscation des biens de Pellisson, avait promis à son dénonciateur d'user de toute son influence sur le Parlement, pour assurer le succès de l'accusation. On s'explique ainsi comment l'affaire fut enlevée à la connaissance du Parlement de Grenoble, puis jugée à la Tournelle, au lieu de l'être à la grande Chambre du Parlement de Dijon. Pellisson, de son côté, eut recours à la faveur du duc de Montmorenci, ennemi de la maison de Lorraine, et obtint ainsi du conseil du roi, puis du Parlement de Paris, des décisions favorables.

Un autre procès nous révèle les abus qui résultaient de la

réunion dans un même corps de magistrats unis entre eux par les liens du sang ou par des alliances. Lorsque quelques-uns de ses membres étaient en cause, le Parlement était exposé au reproche de favoriser le mieux apparenté, au préjudice de son adversaire.

Gendre et beau-frère de deux premiers présidents, parent ou allié d'un grand nombre de magistrats, le président Giroux avait commis deux assassinats et de nombreux empoisonnements, à l'aide desquels il s'était successivement délivré de plusieurs complices. Sur soixante-treize conseillers, on n'en trouva que treize sur l'impartialité desquels on pût compter pour juger ce dangereux accusé. Confiant dans ses nombreuses alliances et dans la terreur qu'il inspirait, il ne recula devant aucun moyen pour intimider et pour perdre ses accusateurs.

Le conseiller Saumaise de Chasans s'était opposé, en 1633, à la réception de Giroux en l'office de président, et il l'avait ensuite dénoncé comme coupable de magie, de sodomie, de concussion, empoisonnement, supposition de part, viol et assassinats. Giroux l'intimida au point qu'il fut forcé de s'expatrier trois fois; il fut enfermé à la Bastille, sous prétexte des affaires publiques[1]; puis, l'affaire ayant été déférée au Parlement de Rennes, comme la preuve de faits éloignés, et presque incroyables d'ailleurs, ne pouvait être administrée, Chasans fut interdit de ses fonctions, condamné à d'énormes amendes et son adversaire purgé de l'accusation. Profitant ensuite de son abattement, Giroux corrompit une fille de onze ans, qui se présenta au Parlement à son instigation, et dénonça Saumaise comme l'auteur d'un attentat commis sur sa personne. Plusieurs domestiques de Giroux, déguisés, parurent comme témoins; des notaires, des huissiers lui servirent de complices. Enfin le malheureux accusé, près de succomber sous l'évidence de tant de preuves supposées, réussit, à force d'énergie, à démasquer ces odieuses manœuvres; les témoins se rétractèrent, l'auteur de cette machination, désigné

[1] M. de Bastard (t. I, p. 463) cite l'exemple du chevalier de Manse, qui obtint en 1737 des lettres de cachet pour faire enlever son frère dont il convoitait la succession. Ce malheureux fut successivement transféré à Pierre-Encise, à Blamont, à Saint-Lazare, aux Cordeliers de Châlon, au château, puis aux Cordeliers de Dijon. Il fut séquestré pendant vingt-huit ans.

ouvertement comme suborneur, fut obligé de retirer son accusation, mais le Parlement n'osa sévir contre lui. Ainsi déshonoré, il eut encore l'audace d'accuser les fils de Chasans d'avoir voulu l'assassiner, et les témoignages mensongers qu'il suscita contre eux inspirèrent assez de confiance pour qu'il fussent décrétés de prise de corps.

Il nous semble inutile de retracer même sommairement les phases de cet effroyable procès ; qu'il nous suffise de remarquer avec quelle impudence Giroux se débattit coutre les charges accumulées contre lui. Telle était la crainte qu'il inspirait, que les témoins venus pour déposer ne trouvaient dans la ville ni vivres ni asile : ceux-ci avaient été menacés, dès le mois de mars 1640, de meurtre et d'empoisonnement, et pourtant Giroux fut laissé en liberté ; il ne fut arrêté que le 11 juillet suivant. Il outrageait les commissaires chargés de l'interroger ; il se fit même des blessures volontaires qu'il imputait à ces magistrats, afin de se préparer des moyens de récusation légitimes.

IV.

Tout en déplorant les actes de faiblesse ou les égarements que nous signalons, n'oublions pas que les Parlements durent leur indépendance à ce même esprit de corps qui leur fit commettre tant de fautes.

Le gouvernement, obligé de ménager leurs susceptibilités, n'usait qu'avec réserve des prérogatives du pouvoir absolu. Lorsque le chancelier Maupeou, à qui Louis XV venait d'abandonner le sort de la magistrature, eut supprimé les Parlements, on s'aperçut aussitôt de la place qu'ils laissaient vide dans notre ancienne constitution. Sans doute les ressorts étaient usés ; on s'était accoutumé à voir les lits de justice, les disgrâces, les exils succéder aux remontrances; leur langage, souvent très-énergique, avait semblablement perdu de sa valeur aux yeux des contemporains, et le chancelier crût n'avoir à frapper que des corps affaiblis et décrédités. Vainement il promit à la France une justice gratuite et plus rapprochée des justiciables, administrée par des magistrats qui ne devaient plus tenir leurs charges de la vénalité. Ces réformes venaient d'une main suspecte : on considéra les nouveaux venus comme des hommes sans indépendance,

vendus à la Cour, et leurs prédécesseurs comme les représentants des antiques vertus, victimes de leur devoir et des rancunes du chancelier.

L'occasion était d'ailleurs mal choisie pour renouveler la magistrature, et le plus grand bonheur qui pût lui arriver était d'être frappée sans motif apparent. Depuis la fameuse séance de 1766, où le roi avait mandé les représentants des divers Parlements pour faire taire leurs prétentions à l'unité et à l'indivisibilité et revendiquer l'exercice du pouvoir absolu, ces compagnies, à l'exception du Parlement de Bretagne, ne s'étaient pas immiscées dans les affaires publiques. Celui de Paris avait même été entièrement renouvelé, en dépit de l'inamovibilité, et cette affaire n'avait pas produit l'émotion qu'on devait redouter.

Pendant l'année 1770, la conduite du chancelier ne fut qu'une suite de provocations blessantes pour le Parlement de Paris, auquel il semblait que l'on tendît un piége, afin de profiter ensuite de ses moindres imprudences. Lui déférer l'affaire du duc d'Aiguillon, compromis dans les troubles de Bretagne, arrêter les poursuites dès qu'il fut possible d'en prévoir l'issue, c'était à coup sûr faire une grave injure à un corps judiciaire, et en même temps lui donner aux yeux du public le mérite de l'inflexibilité et de l'indépendance. Enfin, lorsque le Parlement, nonobstant ces défenses, eut déclaré le duc entaché dans son honneur, et persisté dans ses arrêtés, le prétexte était-il bien choisi pour un coup d'Etat? On sait le reste : le chancelier se crut assuré de remplacer cette compagnie par une magistrature empruntée en partie au grand Conseil. Il fit tenir au roi, dans le lit de justice du 7 décembre 1770, un langage plein d'amertume ; les anciennes prétentions à l'unité et à l'indivisibilité, dont il n'avait guère été question depuis quatre ans, étaient attaquées ; on défendait aux magistrats de résigner en masse leurs fonctions et de faire des remontrances, à moins d'en avoir obtenu la permission. Les fonctions cessèrent : le 20 janvier ils furent exilés, et, quelques jours après, le grand Conseil était installé au Palais.

Un contemporain, le baron de Besenval, a peint la vivacité avec laquelle l'opinion publique prit fait et cause pour les exilés. « Les femmes surtout se firent remarquer par leur acharnement ;... elles ne mirent plus de bornes à leur indignation, à leurs cris, lorsque, deux ans après la mort de M^me^ de Pompadour,

elles virent sa place remplie par la bâtarde... d'une cuisinière... Selon elles, la monarchie allait s'écrouler : elles ne parlaient des Parlements que comme de victimes que l'on égorgeait sur l'autel du despotisme... Cette révolte parmi les femmes tenant au Parlement, ou même indifférentes, eût peut-être été tolérable ; mais que des mères, des sœurs, des femmes, des filles de militaires s'exagérassent les choses à ce point, c'était véritablement une folie ridicule, insoutenable. »

Les anciens magistrats n'acceptèrent qu'avec répugnance des places dans les nouvelles compagnies. A Dijon, disait le président de Brosses, quatorze des élus ne voulaient pas de leur part du paradis.

« Dans le vrai, écrivait-il encore, il y a eu de la faiblesse et de l'entraînement, mais peu ou point de bassesse. Pas une seule personne n'a écrit ou demandé. Mais plusieurs, après s'être débattus, ont cédé par peur et quelques-uns par crainte de perdre ou envie de gagner. » (*Histoire du président de Brosses*, par M. Foisset.)

Ils ne reçurent les nouveaux sujets que sur l'engagement formel pris par ceux-ci de céder leurs places aux anciens qui seraient appelés par le roi dans le sein de la compagnie. Le nouveau corps se considéra jusqu'au dernier moment comme chargé d'une fonction temporaire, et le 17 novembre 1774, à l'avénement de Louis XVI, il adressa au roi une lettre pour le supplier de rétablir les exilés. Grâce à ces marques de déférence, le rapprochement entre les éléments divers dont fut composé le Parlement rétabli eut lieu à Dijon plus facilement que dans d'autres provinces.

A Rouen, les créatures du chancelier avaient inspiré des répulsions beaucoup plus vives. Ces magistrats trouvaient difficilement place dans les hôtelleries, et l'on fut obligé de les loger à la *craie*. Ils trouvèrent toutes les issues du Palais fermées et n'y entrèrent qu'en faisant forcer les portes.

Le rappel des membres de l'ancien Parlement fut accueilli par tous avec un enthousiasme sincère ; mais on peut se demander si l'intérêt public commandait cette mesure : les contemporains eux-mêmes hésitèrent dans leur jugement. On avait compris, il est vrai, à la suite du coup d'Etat de 1771, que la place des Parlements considérés comme corps politique ne serait pas rem-

plie : on ne pouvait pas attendre de ceux qui héritaient de leurs fonctions judiciaires des remontrances capables de balancer les tendances du pouvoir absolu; il était certainement permis de désirer le rétablissement de cette précieuse garantie. Mais, d'un autre côté, il était à craindre que la magistrature restaurée ne se crût désormais aussi inattaquable que la monarchie.

« Elle acquérait par son retour, dit le baron de Besenval, une consistance plus considérable et par conséquent une audace mieux fondée et plus dangereuse. C'était d'ailleurs affermir le principe de l'inamovibilité de ses charges et s'ôter à l'avenir le moyen de la jamais détruire, vu l'impossibilité de trouver des sujets pour la remplacer, par l'exemple de l'opprobre dans lequel étaient tombés ceux qui avaient consenti à remplir ses fonctions. »

Le jugement de la postérité devait dépendre de la manière dont les compagnies rentrées en fonctions allaient user de leurs prérogatives. Accueillies avec empressement, elles auraient dû se rappeler avant tout que l'opinion les saluait comme les défenseurs des intérêts publics, et se montrer moins préoccupées de leurs anciens priviléges. La France ne demandait pas mieux que de les confirmer dans la haute opinion qu'elles avaient de leur autorité et de leur rôle dans l'Etat; mais elle s'attendait à les voir entrer franchement dans la voie des réformes. La désillusion succéda de bonne heure à ces espérances et le public tourna le dos aux Parlements, dès qu'il les vit rebelles à ses vœux les plus légitimes. Il faut bien en convenir : si de toutes nos institutions celle-ci avait montré le plus de ressort, dans ce temps de désorganisation générale, la décrépitude l'avait aussi gagnée.

Pendant toute la durée du dix-huitième siècle les charges des conseillers avaient beaucoup diminué de prix : la magistrature n'avait jamais été la carrière des ambitieux ; à cette époque inquiète, où les fortunes privées avaient été ébranlées, où le goût de la frivolité avait gagné toutes les classes, on comprend que ces fonctions aient été peu à peu délaissées. Un conseiller de Dijon, Malteste, écrivait dès 1750 : « La noblesse illustrée par les emplois militaires, et même celle qui languit obscurément dans ses terres, rougirait aujourd'hui de prendre une charge de robe; si les gens de condition sortent de cet état, les gens riches n'y voudront plus entrer... » Abreuvés de dégoût, un certain nombre de magistrats se retirèrent.

D'ailleurs les mœurs parlementaires avaient changé; un lecteur trop confiant serait peut-être tenté de prendre à la lettre ces vers faits pour célébrer l'exil du premier président de Miroménil :

..... Grand, même en sa retraite,
Tranquille, heureux, goûtant, dans une paix profonde,
Les délices des arts, les douceurs du repos...,
Errant, un livre en main, dans ses bois solitaires...

En réalité Miroménil jouait les *crispins* sur un théâtre de société, en Normandie, pendant que le président de Brosses, en Bourgogne, jouait *la Mère jalouse*, *l'Homme du jour*, etc. Lorsque la nouvelle du rappel de la magistrature parvint au président de Becthomas, il était occupé, avec une vingtaine de conseillers, à jouer *le Retour imprévu*.

Les règles établies autrefois contre la faveur des admissions anticipées aux charges parlementaires étaient depuis longtemps méconnues. Au lieu de subir des examens sérieux, les candidats étaient interrogés sur une question tirée au sort parmi un nombre très-restreint de textes connus à l'avance, et, s'ils se montraient hors d'état de satisfaire à cette épreuve illusoire, ils étaient reçus à la sourdine, pendant les vacations. Des dispenses d'âge avaient permis à des jeunes gens au-dessous de vingt-cinq ans d'acquérir des charges de conseillers et même de présidents. M. de La Cuisine nous apprend que, de 1770 à 1788, sur cinquante-huit conseillers, trente-sept avaient été reçus au-dessous de vingt-deux ans! Il en était à peu près de même au Parlement de Normandie.

La conduite de la magistrature pendant les dernières années présente le contraste bizarre d'hommes avides de popularité, affectant de s'incliner devant les droits de la nation, se faisant les champions des libertés nouvelles et en même temps attachés à ce que les priviléges avaient de plus oppressif et la répartition de l'impôt de moins équitable. L'obstination des parlements à rejeter le projet de l'abolition des corvées, proposé par Necker en 1776, était d'autant plus aveugle que, dans plusieurs provinces, cette charge avait à peu près disparu. Leur disgrâce, en 1788, réveilla un instant les sympathies du public en leur faveur; mais il ne fut pas difficile de démêler, à travers leurs protestations,

que tout en demandant la convocation des états généraux, ils redoutaient cet événement autant que les autres privilégiés. On pouvait juger du véritable esprit qui les animait, par l'aversion qu'ils montraient pour la *subvention territoriale*, qui n'était autre chose que l'égalité introduite dans l'assiette de l'impôt, et pour le cadastre qui n'en était que le moyen. Leur animosité contre les assemblées provinciales acheva de dessiller les yeux. Le courant d'opinion qui avait soutenu les Parlements les abandonna sans retour, leur cause fut irrévocablement condamnée; c'était échouer à l'entrée du port et tourner le dos à l'avenir qu'ils avaient préparé.

Chaque époque a ses préjugés et refait l'histoire au gré de ses sympathies : nous croyons cependant que, pour apprécier avec équité le rôle des Parlements sous l'ancienne monarchie, il faut se transporter en esprit à la veille de notre révolution de 1789, au moment où les vœux d'une grande nation, mûris par un siècle d'attente, allaient se faire jour dans les faits. Un esprit impartial aurait alors reconnu que la magistrature avait la première élevé la voix en faveur de la liberté individuelle, demandé que les impôts fussent levés avec équité, et les finances administrées avec économie, revendiqué le jugement des prévaricateurs de toute classe; en un mot les Parlements n'ont cessé de signaler les abus qui devaient entraîner la perte de l'ordre social tout entier et d'indiquer avec énergie des remèdes efficaces. Aujourd'hui que nous jouissons de ces conquêtes laborieuses, ces luttes nous paraissent puériles; les rouages politiques du dix-septième siècle nous semblent grossiers et d'une manœuvre bien pénible, en comparaison de notre puissante machine administrative; nous trouvons les garanties trop souvent illusoires et les Parlements qui les revendiquaient, de pauvres défenseurs des libertés publiques, sous le régime des lettres de cachet, des arrêts du Conseil et des acquits au comptant. Tel est le point de vue où s'est placé M. Alexandre Thomas; il a condamné les hommes et les choses d'autrefois, au nom de principes qui étaient alors lettre close pour tous et qui, ne pouvant servir de règle de conduite pour personne, ne doivent pas servir de règle pour les jugements de l'histoire. Rendons hommage avec lui aux hommes d'Etat qui ont cherché les premiers à en faire l'application; préférons les progrès accomplis au passé,

mais réservons quelques sympathies pour ceux qui, dans un état de choses vicieux, ont combattu le mal avec les seules armes qu'ils eussent à leur disposition, quelque imparfaites qu'elles fussent.

Que si l'on s'arrête à l'époque la plus orageuse de notre histoire, on sera peut-être plus sévère encore; on verra dans les Parlements les premiers promoteurs de doctrines, au nom desquelles l'ordre politique qu'ils devaient défendre a été détruit, d'imprudents fauteurs d'opposition qui refusaient au gouvernement les moyens de faire la guerre ou de défendre nos colonies et notre honneur national; d'opiniâtres privilégiés attachés à leurs prérogatives et jaloux des droits des autres...

Chacun de ces jugements renferme une part de vérité dont l'histoire doit tenir compte; mais, à coup sûr, l'opinion la moins équitable est celle de M. Thomas, dont le procédé n'est pas difficile à dévoiler, avec quelque talent qu'il l'ait mis en œuvre.

Il nous semble que, sans sacrifier le droit de juger avec plus ou moins de sévérité ce qu'une institution a produit de mal en son temps et en son lieu, il est permis, en définitive, de balancer le mal par le bien, et que, pour y réussir, la meilleure méthode consiste à se poser cette question : Supposez par la pensée que l'institution que l'on soumet à la critique ait avorté; que les Parlements se soient renfermés de bonne heure dans leurs attributions judiciaires et n'aient exercé aucune action sur nos destinées, pensez-vous que la somme du mal eût été diminuée au profit de celle du bien? La réponse, suivant nous, ne saurait être affirmative. Aucune voix, si faible et si impuissante que vous la supposerez, n'arrêtera les déprédations des finances; pendant les guerres de religion, les partis renouvelleront la Saint-Barthélemy autant de fois que les alternatives de la guerre lui donneront le pouvoir d'écraser leurs adversaires; pendant la Ligue, l'armée espagnole sera maîtresse absolue dans Paris, la guerre civile n'aura point de terme, le roi de Navarre ne sera qu'un aventurier dont la cause sera défendue par de misérables partisans; Richelieu, au lieu de réunir à Rueil une commission pour juger le maréchal de Marillac, trouvera partout des juges à sa dévotion, qui prévariqueront au grand jour; à la mort de Louis XIV, au lieu d'avoir recours au Parlement pour casser le testament du roi, le duc d'Orléans s'appuiera sur une faction

pour détruire le crédit du duc du Maine; l'Espagne aura aussi ses partisans; et, en l'absence du Parlement, qui trace aux honnêtes gens la ligne de conduite qu'ils doivent suivre, l'Etat sera en proie à l'anarchie et à toute sorte de désordres. *Et nunc erudimini...*

J. SIMONNET,
Docteur en droit, substitut du procureur impérial, à Dijon.

JEAN-JOSEPH PIRET,

PUBLICISTE LIÉGEOIS,

OU

CONFLIT POLITIQUE ÉLEVÉ AU SUJET DES JEUX DE SPA A LA FIN DU DIX-HUITIÈME SIÈCLE[1].

En l'année 1785, un procès soulevé à propos des jeux de Spa donna naissance, par une singulière complication d'événements, à des discussions irritantes au tribunal des Vingt-Deux, dans les Etats de Liége, dans plusieurs administrations communales, à la chambre impériale de Wetzlar et parmi les principaux publicistes du pays de Liége, discussions qui ont provoqué l'examen des lois fondamentales de ce petit Etat et contribué puissamment à amener la révolution liégeoise de la fin de ce siècle. Un des héros de cette époque, chaud défenseur des droits et prérogatives du prince-évêque, était Jean-Joseph Piret ; il naquit le 18 avril 1758, à Silenrieux, village qui fait aujourd'hui partie du canton de Walcourt, province de Namur. Après avoir fait avec distinction ses études d'humanités à Bouvignes, et son cours de droit à l'université de Douai, il vint pratiquer comme avocat à Liége, et ne tarda pas à briller au barreau de cette ville. J'ai sous les yeux deux consultations qu'il a fait imprimer en 1781 et 1785, et qui révèlent en lui un talent peu ordinaire. Ce fut alors un événement extraordinaire dans le monde judiciaire, que l'apparition par la presse du plaidoyer d'un avocat, et d'un avocat à peine âgé de vingt-trois ans, et ce, dans une cause soutenue contre un homme puissant et très-remuant, le sieur Ranscelot, bailli de Florennes. Voici les titres de ces écrits :

« 1° Mémoire instructif pour le sieur Libert (J.-C.), avocat

[1] Voyez les ouvrages que je mentionne dans cet article, et le *Journal de Liége*, du 17 janvier 1838. Des papiers de famille m'ont été également d'un grand secours.

déchargeant, contre le sieur Ranscelot, avocat et bailli de Florennes. » (1781 ; quarante-six pages ; adressé aux échevins de Liége.)

« Précis de la cause sur articles d'impositions criminelles du sieur Libert (J.-C.), avocat, ajourné, contre le sieur Ranscelot, bailli de Florence, ajournant. » (Liége, 1785 ; trente-deux pages ; adressé aux échevins de Liége.) »

La contestation s'était élevée au sujet du riche canonicat de Florenne, auquel Denisart (conseil Libert) était appelé, et que convoitait l'abbé Toussaint (conseil Ranscelot). Piret, défenseur de Libert, eut gain de cause dans toutes les instances et dans plusieurs procès successifs auxquels cette affaire donna lieu. Cinq fois condamné par les échevins de Liége, deux fois par le Conseil ordinaire, et une fois par les réviseurs des Vingt-Deux, Ranscelot a dû payer à Libert plus de quatre mille florins de frais. Les mémoires sont bien raisonnés et appuyés sur l'autorité des jurisconsultes.

Ce triomphe de Piret et sa réputation d'avocat déjà bien établie fixèrent l'attention du prince, qui le nomma, le 2 mars 1787, *échevin de la haute cour de justice de l'avouerie* de Fléron ; cependant il continuait toujours à occuper sa place au barreau.

On était alors au plus fort du conflit politique des débats orageux qui vont nous occuper. A l'avénement des Hoensbroek à l'évêché, les jeux de Spa avaient pris une extension tellement dangereuse pour les mœurs et la sûreté publique, que le prince se vit forcé de restreindre la permission de jouer, en renouvelant, le 16 juin 1785, un ancien édit de 1684, relatif à cet objet. Noël Levoz, sans égard à *cette ordonnance de police*, érigea une salle plus vaste que les deux qui existaient jusque-là. Sur la défense du Conseil privé (11 juillet 1785), Levoz se pourvut aux dicastères de l'Empire et loua sa salle à Paul Redouté. Le prince l'ayant fait fermer, Redouté en porta plainte au tribunal des Vingt-Deux.

Voilà l'origine de cette simple question de *police*, qui va remuer tout l'Etat et s'élever à une question de *droit régalien*, de souveraineté du peuple, de suprématie entre le prince et la nation, question dangereuse et brûlante au moment où Joseph II

exécutait ses réformes radicales dans les *provinces belgiques* limitrophes [1], et où la Révolution française apparaissait pleine d'orages à l'horizon.

Le 29 août 1786, le tribunal des Vingt-Deux, et, le 5 décembre suivant, les réviseurs des Vingt-Deux, déclarèrent que le mandement de l'évêque qui ordonnait la fermeture de la salle de jeux était *inconstitutionnel*, n'avait pas la force de *loi*; que les *sens du pays* étaient les seuls législateurs. Le prince, que la sentence des réviseurs, les juges d'appel, a dû étonner, et alors que l'opinion publique commençait déjà à s'égarer par plusieurs écrits, crut d'une sage politique de convoquer (février 1787) les états, pour recueillir leur avis à ce sujet. « J'ai lieu d'espérer, dit-il, que vos sentiments seront analogues et conformes à l'attachement inviolable que je professe pour le maintien de la constitution actuelle, des libertés, des priviléges et des franchises de mon peuple, dont il me sera toujours cher d'être l'ami et le protecteur. »

Les échevins de Liége, les *gardiens nés* des lois, devancèrent le jugement solennel du pays en portant, le 15 mars 1787, un *record* par lequel ils déclarèrent constitutionnels les édits de police du prince.

Dans cette grave conjoncture, le *tiers état* (les représentants de la cité et des villes) jugea nécessaire de recourir aux lumières de Piret. Cet homme de loi émit l'avis que le prince jouissait du pouvoir souverain en matière de police. Ce sentiment fut partagé par l'Etat, qui rendit, le 27 mars, à l'unanimité des vingt-quatre membres, un recez dans ce sens, auquel accéda deux jours après l'état primaire, à l'unanimité des voix moins une [2].

Il restait à connaître l'opinion de l'état noble, des possesseurs de fiefs, dont l'esprit était surtout travaillé par les idées *nou-*

[1] Déjà, au mois de juillet 1781, Joseph II avait accordé à ses sujets non catholiques les droits civils et politiques, et l'exercice presque libre de leur culte. Par son édit du 17 mai 1783, il avait supprimé les couvents *inutiles*.

[2] « Personne n'ignore que le chapitre cathédral réunit deux qualités différentes : comme chapitre, il constitue avec le prince-évêque l'Eglise de Liége, il est son *conseil né*; comme état primaire, il représente, dans l'assemblée de la nation, tout le clergé qui en forme le premier membre. » (*Mémoire sur la souveraineté*, par Piret, p. 36, note.)

velles ; le 30 mars, ce membre approuva les motifs de la sentence des Vingt-Deux.

Il n'est pas sans intérêt pour l'histoire de connaître les principaux membres de la noblesse liégeoise qui ont voté dans ce sens ; ce sont :

1. Le comte d'Aspremont de Linden, seigneur de Barraux et gouverneur du marquisat de Franchimont ;
2. Le comte Max de Berlaimont de la Chapelle, chambellan de S. M. I. et R. A. ;
3. Le comte d'Argenteau d'Ochain et de Dongelbert ;
4. Le comte de Berlo de Suys, comte du Saint-Empire, de Molève, etc. ;
5. Le comte de Berlaimont de La Chapelle, seigneur de Famelette ;
6. Le comte de Borchgrave, seigneur de Bovelingen ;
7. Le comte de Lannoy et du Saint-Empire romain, baron de Clervaux ;
8. Le baron de Trips de Bergh ;
9. Le comte de Berlaimont de Bormenville, général-major au service du prince-évêque ;
10. Le comte Félix de Lannoy de Clervaux.

Cette dernière décision peut également avoir été inspirée en partie par l'appréhension des émeutes dont il y a déjà des exemples en ce temps-là, et qui pouvaient aboutir à une révolution, toujours fatale aux intérêts des grands propriétaires. Toujours est-il qu'à la fin du mois de mars, les partisans du prince avaient été insultés publiquement, et qu'à Verviers et à Liége, on avait enrôlé toutes sortes de gens *au prix d'un petit écu par jour*.

Déjà les maisons de plusieurs citoyens respectables avaient été désignées pour être livrées au pillage. On avait rassemblé sur la place publique de Liège et payé deux ou trois cents armuriers, sous prétexte qu'on voulait empêcher la sortie des armes.

L'agitation populaire, les passions politiques furent encore entretenues par douze mémoires répandus alors avec profusion dans le public et lus avec avidité. Les *docteurs du jour ou démagogues* (telle est la dénomination que Piret donne aux auteurs

de ces écrits) soutenaient que les Vingt-Deux avaient le droit de déclarer inconstitutionnel un règlement du prince, relatif aux jeux de Spa ; que les états gouvernaient avec le prince *æquali et conjuratâ auctoritate*, etc. Parmi ces brochures, je remarque celle publiée sous le nom de Paul Redouté, en défense du sieur Levoz ; — le mémoire sur l'ancienne constitution du pays de Liège, par Noël-Joseph Levoz ; — le mémoire de M. Donceel ; — celui de J.-J. Bovy, et celui de M. Lesoinne.

Déjà le 19 avril, le magistrat de Liége, réuni en conseil de cité, avait rejeté les protestations contre le recez de l'état tiers, que lui avaient fait parvenir les villes de Waremme, de Huy, de Tongres, de Chatelet et de Looz. Le 25 du même mois, les maîtres et commissaires de la ville de Liége émirent un avis contraire.

On remarque avec quelque étonnement, parmi ces *protestants*, le magistrat de Huy, qui, l'année précédente, avait formellement décidé le contraire.

L'avocat H... publia contre ces cinq protestations un mémoire qui, suivant Degehin, est le digne pendant du mémoire de Piret.

Ce conflit entre les tribunaux, les premières autorités et les écrivains du pays, avait beaucoup aigri les esprits et agité les masses. C'est alors que Piret prit la plume pour soutenir l'avis qu'il avait donné à l'état tiers, et pour défendre la constitution du pays et les prérogatives de son souverain. Son mémoire porte pour titre : *De la souveraineté des princes-évêques de Liége et du pouvoir de ses états.* (Fin avril, quatre-vingt-quatre pages in-8°.)

L'auteur remonte au berceau des libertés liégeoises, aux franchises et priviléges qu'Albert de Cuyck a octroyés à la fin du douzième siècle, et que la paix de Fexhe n'a fait que confirmer. Mais personne, ajoute-t-il, ne sait indiquer quels étaient, en 1316, ces *anciens usages* que cette *paix* déclare ne pouvoir être modifiés qu'avec le concours du *sens du pays* [1].

[1] C'est effectivement par la charte d'Albert de Cuyck, de 1198, que les bourgeois de Liége obtinrent la reconnaissance de leurs droits; ils ne devaient plus ni *tailles*, ni contributions dans le territoire du prince-évêque, et ne pouvaient être imposés sans leur consentement. La célèbre *paix de Fexhe*, du 18 juin 1316, la véritable loi fondamentale de Liége, alla plus loin encore; elle maintint « les franchieses et libertés *anchiens* approvées tant par lettres impériales et régiales, comme *par usaige*; » elle définit le

Piret essaye de prouver par la doctrine des jurisconsultes, par l'histoire et par la jurisprudence, « que le pouvoir législatif en « matière de police réside dans l'Eglise de Liége (c'est-à-dire dans l'évêque et son conseil privé [1]) ; mais que le prince ne peut changer le corps des lois, ni les paix et priviléges, *sans l'avis de ses états.* » Son appréciation des ouvrages de Zorn, Rausin, Louvrex, Hodin, de Mear, de Grati, de Malte, Heeswyck et de Saumery (*les Délices du pays de Liége*) ne doit pas être négligée par l'historien du droit belgique. Chapeauville, Fisen, Foullon et Bonille sont également d'excellentes autorités sur lesquelles il s'appuie. Plusieurs jugements du tribunal de l'Empire, de 1628 à 1629, de l'official, des échevins de Liége de 1784, du Conseil ordinaire, de la salle de Curenge, du tribunal des Vingt-Deux, de 1768, de 1771 et de 1786, et des réviseurs des Vingt-Deux, ont reconnu la légalité des ordonnances de police rendues sans le concours des états. Il reste même des lois fondamentales qui ont été portées sans ce concours : la lettre de Saint-Jacques de 1343 ; les lettres vénales de 1317 ; les paix de Wihogne, de Votem, des Seize, de Tongres et de Saint-Gilles, ainsi que le règlement de Hinsberg, de 1422 et 1424, sont de cette catégorie.

Piret soutient avec des auteurs contemporains qu'en tous cas les états n'ont qu'un *pouvoir simplement consultatif ;* que par conséquent l'ancienne souveraineté territoriale du prince n'avait pas été tempérée par les paix, les priviléges et les traités. Cette erreur est aussi grave que celle de ses adversaires, qui prétendent « que la souveraineté réside dans les trois états ; que ceux-ci en commettent l'exercice au prince comme à leur chef, au *premier commis* de la nation ; que le prince ne pourrait jamais refuser sa sanction à un recez ; qu'une loi doit être portée du consentement *unanime* des trois états [2]. »

pouvoir de l'évêque ; tous les ordres de l'Etat concourent à la confection des actes législatifs appelés les *paix* du pays ; les lois et les coutumes, devenues stables, ne peuvent être modifiées sans l'assentiment du pays (*les sens de pays*). Cependant, en 1582, on agita encore la question de savoir s'il suffirait qu'une proposition fût adoptée par deux états.

[1] Le conseil privé de l'évêque est déjà mentionné dans la paix de Wihogne, de 1326, et dans la deuxième paix des Vingt-Deux, du 7 décembre 1373. La moitié des membres étaient pris dans le chapitre cathédral. Le chancelier de l'évêque présidait ce corps.

[2] « On veut que les états soient souverains, mais que sont les états? Les

La péroraison de Piret n'est pas sans vérité : « Des hommes hardis, inquiets, turbulents, plus jaloux de servir leurs intérêts particuliers que la patrie, voudraient la déchirer par des factions et trouvent des coopérateurs. L'anarchie, ce fléau de tout Etat, fait déjà trembler le bon citoyen que l'esprit de parti n'aveugle pas : il fait des vœux pour la conservation de la forme actuelle de gouvernement (qui n'est pas la forme républicaine), qui a toujours assuré la liberté, la sûreté de nos provinces et de nos propriétés. En vain les clameurs des insurgés invoquent en aide la paix de Fexhe [1] : l'observance a clairement démontré le vrai sens de ce fameux pacte. »

En effet, l'origine du conflit n'est pas pure. Cependant, quoique quelques écrivains eussent coloré leurs écrits, leur opposition au pouvoir, d'un faux semblant d'amour pour le peuple opprimé, pour les libertés publiques en danger, le plus grand nombre saisit cette occasion pour saper l'ancien régime, pour propager les doctrines qu'il croyait meilleures et dont son esprit était imbu.

Le *Journal général de l'Europe* porte sur le mémoire de Piret, dans son numéro du 1er mai 1787, un jugement que je veux reproduire et qu'on ne peut pas suspecter d'être trop favorable, puisque cette gazette était rédigée par J.-V. Bassenge, P.-J. Hankart et Regnier, Liégeois bien connus, grands partisans des idées démocratiques qui avaient alors cours, surtout en France [2].

« Un mémoire fameux, nommé depuis longtemps, vient de paraître. Il a pour but de donner au pouvoir du prince une étendue illimitée et de restreindre les états dans les bornes les plus étroites. L'avocat qui l'a signé, M. Piret, nous en a fait passer un exemplaire. Nous devons en convenir, et cet aveu ne nous coûte aucune peine, le mémoire nous a paru très-adroitement présenté, rédigé avec ordre et écrit avec esprit. Nous devons convenir que les principes par lesquels M. Piret prétend se guider sont plutôt ceux d'un Asiatique courbé sous

représentants de la nation. Or, la nation n'est pas souveraine, et les représentants ne peuvent pas être plus que leurs commettants. » (Piret, mémoire susdit, p. 75.)

[1] « Les *puissances* ont un pacte national appelé la *joyeuse entrée*, qui est un équivalent de notre paix de Fexhe. » (Piret, *ibid.*, p. 65.) Ce pacte du duché de Brabant, dont parle Piret, présente de notables différences.

[2] M. Hankart décéda en 1815 ; il avait épousé une fille de M. Piret.

le joug du plus affreux despotisme que ceux d'un fier républicain. Quoi, ce n'est pas dans le corps entier de la nation que réside la souveraineté? Quoi, la nation entière n'est pas au-dessus du prince qu'elle a choisi et commis pour veiller à l'exécution de ses lois, au maintien de ses droits, à la défense de ses propriétés et de sa liberté? Joseph II parle différemment, quand il dit que : « la nation n'est pas faite pour le prince, mais le « prince pour la nation. »

« Cette production, continue ce journal, est parsemée de fausses explications, de réticences préméditées et de sophismes.

« Piret a voulu inspirer les juges du suprême dicastère de l'empire, en répandant ce mémoire avec profusion à Wetzlar, même avant de l'avoir publié à Liége. »

La réfutation de cette critique nous conduirait trop loin.

En supposant vrai le dernier fait indiqué par le *Journal général*, on ne saurait en blâmer Piret, alors que l'opinion contraire à la sienne, exposée dans plusieurs mémoires, aurait pu influencer les juges. Aussi MM. de Warzée et de Wasseige avaient déjà traité le même sujet avant Piret.

Le baron de Warzée, l'illustre juriste de Liége, alors avocat fiscal du Conseil ordinaire, avait publié, en 1786, un mémoire où il établit également que le prince est souverain en matière de police, et qu'il a le droit de régler tout ce qui regarde la police, sans l'avis ni le consentement des trois états. Comme sa réputation de jurisconsulte était européenne, son autorité dans cette question devait être d'un grand poids.

En la même année, le prince trouva un autre défenseur chaleureux de ses droits dans son ministre E.-J. de Wasseige, tréfoncier de Liége. Je regarde l'ouvrage de Piret comme supérieur à ceux de ses devanciers.

J'éprouve quelque répugnance à mentionner dans cette question un pamphlet de l'abbé de Gehin, écrivain méchant et mauvais et démagogue des plus exaltés[1]. A la page 166 de ses *Fran-*

[1] T.-J. Gehin naquit à Theux, en 1730. Il entra dans les ordres à l'abbaye de Saint-Hubert. En 1771, il adressa au gouvernement des Pays-Bas un mémoire politique, qui plus tard lui valut la protection de Joseph II. Son esprit novateur et aventurier le conduisit à Rome (1764) et à Vienne (1772). En 1778, il était encore vicaire d'Oneux. Le 3 mai 1786, pendant qu'il dirigeait un pensionnat, il fut enfermé dans la prison de l'officialité de

chises, il dit « qu'il est malheureux qu'une plume comme celle de Piret ne soit pas employée à une meilleure cause, car je respecte ses talents. » A la page 175, il dit que « Piret a été créé échevin de Fléron pour avoir publié bien des invérités et des sottises contre ses compatriotes. » Or, on sait que Piret a été nommé à ces fonctions avant la publication de son mémoire [1].

De 1787 à 1789, Bassenge publia cinq volumes de *Lettres à l'abbé de P...* (de Paix) pour réfuter le mémoire de Piret et exposer ses doctrines démocratico-constitutionnelles. Cette publication eut un immense succès et renferme, dit M. de Stassart, des pages d'une éloquence remarquable.

Au sujet du dernier mémoire de Piret, les commissaires réviseurs des Vingt-Deux intentèrent, le 6 mai 1787, une action à l'auteur « pour avoir tourné en ridicule leurs fonctions, droits, priviléges et prérogatives qui n'avaient jamais été contestés par qui que ce soit avant lui. » Piret répondit par la brochure intitulée : « *Lettre de M. Piret, avocat, à MM. les commissaires de Liège, en réponse au mémoire que ces messieurs lui ont fait insinuer par leur chambellan.* (1787, 9 mai : in-8° de huit pages.)

« Messieurs les commissaires, dit Piret, vous êtes les surveil-« lants des corps de métiers, fonctions qui se réduisent à partager

Liége, pour avoir rédigé sur la politique du jour une brochure qu'il avait envoyée à Herve, chez Urban, afin d'être imprimée, et dont la police était parvenue à s'emparer. D'autres attribuent son emprisonnement de cinquante-sept jours à la brochure intitulée : « *Cri général du peuple liégeois.* » En 1787, il fit paraître contre Hœnsbroek un mémoire où il révèle, à charge de ce prélat, des actes scandaleux de captation exercés sur sa nièce. Il répandit dans le public un précis historique manuscrit du règne de Hœnsbroek, de cent deux pages, qui paraît n'avoir pas peu contribué à la révolution liégeoise de 1789. « Les franchises et les paix générales de la nation liégeoise vengées, au temple de la Vérité » (juin 1787 ; deux cent quarante pages) est un pamphlet des plus détestables où de Gehin traîne dans la boue Rausin, le tréfoncier de Paix, et autres Liégeois célèbres. « Pour moi, dit-il, j'ai attaché mon cœur à la barque de saint Pierre tout simple ; mais pas à ses ornements superflus, souvent déraisonnables et antiévangéliques, que le siècle éclairé condamne, et dont les hommes à pouvoir le dépouillent. » Il est encore auteur de : *La vingt-unième persécution* (Hervé, 1786) ; — *Supplément à la vingt-unième persécution* (*Ibid.*) ; — *Suite du supplément à la vingt-unième persécution* (*Ibid.*, 1787) ; — *Manifeste* de l'abbé Jehin (1789). — Il décéda à Spa, en 1805.

[1] Voir l'analyse de ce mémoire dans mon *Code de l'ancien droit de Belgique* ; Bruxelles, 1847, vol. I^er^, p. 374.

« avec les *gouverneurs* les bénéfices des *arquets* et des *reliefs* des « métiers. Vous êtes chargés de tirer les boîtes aux élections du « bourgmestre, besogne qui se fait une fois par an.

« Vous assistez à la révision des sentences portées par les bourg- « mestres en conseil, ce qui n'arrive presque jamais. Vous faites « la lecture des *enquêtes* ; il y en a fort peu.

« Ce que le règlement de Heinberg de 1424 statue relative- « ment à vos attributions est hors d'usage, suivant la doctrine « de Louvrex ; et encore ce règlement ne vous accorde pas le « droit de *protester*, de *recorder* contre les décrets des états [1].

« J'ai prouvé par l'histoire et la jurisprudence que l'interven- « tion de trois états n'a jamais été requise en matière de police.

« Suivant l'édit de 1719 et quelques paix, les Vingt-Deux ne « connaissent que des crimes de concussion, de baraterie, de « violences doleuses et de quelques excès semblables ; mais ils « n'ont pas un pouvoir illimité en matière criminelle [2].

« N'allez pas, avec vos prétendus patriotes, vous aviser de « réformer toute notre constitution. »

[1] Les juges supérieurs appelés à connaître des recours contre les sentences des Vingt-Deux étaient qualifiés d'*états réviseurs* ; ils étaient composés de quatorze membres : le vicaire-général et le chancelier, deux membres de l'état primaire, quatre nommés par l'état noble, six par l'état tiers ; au nombre de ces derniers étaient les deux bourgmestres de Liége et leurs deux prédécesseurs immédiats. Leurs fonctions étaient à vie.

[2] Le tribunal des Vingt-Deux, dont les fonctions étaient annales, exerçait sa juridiction sur les officiers du prince et sur ses juges, lorsqu'ils avaient agi ou décidé par vol ou corruption. Il réprimait les actes d'autorité privée ou commis *hors loi*. La violence (*vis et spolium*) rendait justiciables de sa juridiction tous ceux qui l'avaient employée. La *réformation* de 1572, et l'édit du 6 novembre 1719 ont déterminé ou plutôt rappelé l'étendue de sa compétence. Le tribunal des Vingt-Deux dut son institution à la *paix* du 1er mars 1373. Sous Jean de Bavière, le tribunal fut supprimé ; mais l'empereur Sigismond le rétablit, par son diplôme du 26 mars 1417. Il fut réorganisé par la paix de Jean de Heinsberg de 1420, paix dans laquelle, pour la première fois, les trois ordres que la paix de Fexhe nommait le *sens du pays* sont appelés les *états du pays*. Alors aussi, les représentants de la cité et des villes reçurent le nom de *tiers état*. Ce tribunal exerçait sa juridiction sur les officiers du prince et sur les juges, lorsqu'ils avaient agi ou décidé par dol ou corruption. Il réprimait les actes d'autorité privée ou commis *hors loi*. Voir de plus grands développements sur cette juridiction dans le savant discours prononcé le 16 octobre 1848, par M. le procureur général Raikem.

Je continuerai d'exposer le conflit élevé au sujet des jeux de Spa, en analysant les trois derniers écrits de Piret qui en traitent.

Exposé des actions nouvelles intentées par Paul Redouté et ses adhérents aux officiers et à la cour de Spa. (Août 1787 ; dix-huit pages.)

Suite de cet exposé... (Août 1787 ; treize pages. — (Autre) *Suite de cet exposé...* (18 septembre 1787 ; quinze pages.)

Nous avons déjà mentionné plusieurs protestations rendues contre le mandement de l'évêque, en ce qui concerne sa compétence en matière de police : nous devons ajouter celle de l'avocat Dethier et du capitaine Hansé, échevins de la haute Cour de justice de Theux, qui parut au mois de mai 1787.

Enfin, la sentence de la Cour suprême de Wetzlar, que tout le monde attendait avec une vive impatience et que Levoz avait provoquée le premier, fut prononcée le 28 juin de cette année ; elle déclara incompétent le tribunal des Vingt-Deux, et légale la fermeture de la salle Levoz-Redouté [1]. Le triomphe du prince-évêque et de ses défenseurs Wasseige, Warzée et Piret était donc complet, mais ne portait pas le découragement dans les rangs de l'opposition.

Le prince, décidé à faire exécuter la sentence par les armes, fit partir pour Spa deux cents soldats avec deux pièces de canon : ils saisirent, dans la salle, trente-cinq *trompes*, quatre-vingt-seize *mousquets* et *fusils*, trente-neuf *baïonnettes*, des cartouches et des grenades remplies de poudre. Spa, ville de jeux et de plaisirs, dit Piret, était devenue une place d'armes, un dépôt de provisions de guerre.

L'état noble protesta de nouveau, comme il l'avait déjà fait, les 30 mars et 14 juin. Ce conflit lui faisait redouter de plus en plus l'intervention armée des puissances étrangères et la guerre civile.

Redouté, de son côté, soutenu encore par l'opinion publique,

[1] La sentence ordonne au sieur Levoz et à Redouté, son locataire, « de s'abstenir de tous jeux de hasard, ni témérairement empêcher l'entrée de la salle au prince avec ses ministres de police, et beaucoup moins de leur opposer aucune violence ; ordonne aux Vingt-Deux de ne pas s'arroger la juridiction et la connaissance des causes pendantes devant la Chambre impériale. »

ne se tint pas pour battu ; à la fin de juillet il adressa une plainte au tribunal des Vingt-Deux dans le but de parvenir à l'annulation du jugement suprême de Wetzlar. Le 14 août, jour fixé par ce tribunal pour le règlement définitif de cette affaire, les meneurs trouvèrent moyen d'éloigner ou plutôt de convoquer trop tard les membres dont ils ne partageaient pas les opinions ; la tactique réussit : le parti opposé au prince parvint à accorder le mandement à Redouté contre Robert, décision diamétralement opposée à celle rendue quelques jours avant. L'intérêt historique exige encore que nous indiquions les principaux membres qui ont pris part à la sentence de ce jour ; c'étaient, avec les membres de l'état noble, les révolutionnaires de l'époque :

Declercx d'Aigremont, tréfoncier ;

Le comte de Lannoy de Clervaux, grand bailli du comté de Moha ;

Dechestret, chevalier du Saint-Empire, seigneur de Hanneff et de Donceel ;

Bailli, Favechamps et Dethier de Grimunster, avocats ;

Catoir, prélocuteur ;

Fabrij, mayeur en feauté ;

Bernimoulin, notaire ;

Naline, Deltour et Frésard ;

Parmi les opposants ou absents, on remarque les avocats Anciaux et Hankart, et les tréfonciers d'Heusy et de Stockhem.

Par une singulière violation de tous les principes de droit, le tribunal des Vingt-Deux rejeta, dans cette cause, la demande de Robert, appuyée par son conseil Piret, et tendant à récuser Declercx, de Lannoy, Dechestret, Bailli, Favechamps, Catoir, Naline et Dethier.

Outre ce procès soutenu contre Robert (l'officier exécuteur des ordres du prince), Paul Redouté et ses *adhérents* intentèrent des actions au capitaine de Brabant, aux quatre membres précités (les absents) des Vingt-Deux. Le plus célèbre de ces procès est celui qui eut pour résultat le mandement des Vingt-Deux, obtenu le 15 août par Paul Redouté contre la cour de Spa, après que, trois jours avant, le même tribunal, mais composé d'autres juges, avait rejeté le mandement contre la cour de Spa. Paul Redouté avait été décrété de prise de corps, et c'est la cour de Spa qu'il a prise à partie, quoique celle-ci n'eût rien décrété que d'après

les *recharges* des échevins de Liége. Or, d'après la législation existante, les échevins de Liége étaient les seuls *juges d'arrêt* au criminel. Et cependant Redouté était parvenu à faire décliner par les Vingt-Deux et la juridiction des échevins de Liége et celle de Spa. Mais que portait ce mandement du 15 août? *Bannissement* contre les échevins de la cour de Spa.

Pour mettre à exécution cette sentence terrible et presque inouïe dans les annales judiciaires, l'huissier des Vingt-Deux, accompagné du sous-greffier, du procureur et suivi de six *creukeniers* armés, se transporta le 19 août à Spa et s'apprêta à saisir la personne et les biens des juges de la cour. Après quelques coups de canne échangés et de vives altercations entre les officiers de justice des deux côtés, il arriva un nouveau mandement des Vingt-Deux, qui ordonnait à ses exécuteurs de *lâcher prise* et de se retirer.

Ce nouvel incident, qui faillit devenir sanglant, fournit matière à quatre nouveaux procès: Piret eut encore le sien, intenté par les Vingt-Deux, dans la personne de Jacques, et le fisc de ce tribunal; il était accusé « d'avoir eu l'audace de signer et de distribuer d'une manière indécente deux mémoires (les deux brochures susindiquées du mois d'août 1787), dans lesquelles il y a des passages qui portent atteinte à l'autorité du tribunal des Vingt-Deux, qui sont injurieux à ce corps et à leurs membres, et qui scandalisent et outragent la nation. »

Piret répondit (dans son dernier mémoire) « que les Vingt-Deux s'étaient sans doute trouvés offensés parce qu'il ne les avait pas qualifiés de *Messeigneurs les Vingt-Deux, nos nobles et illustres seigneurs*, mais que ce titre ne revenait qu'à leurs *réviseurs*. » « Au reste, ajoute-t-il, ce n'est qu'un procès de plus; j'en attendrai l'issue avec toute la confiance que m'inspire la justice de ma cause. »

Ce dernier mémoire de Piret sert principalement de réponse à Dechestret qui, à la fin du mois d'août, avait publié contre Piret un libelle très-virulent. Piret accuse son adversaire d'avoir siégé aux Vingt-Deux, alors qu'il jugeait la cause de son client de la cour de Wetzlar; il lui reproche d'avoir, en pleine séance de ce tribunal, frappé à grands coups de poing sur la table et proféré des jurements et des blasphèmes. Dechestret répondit: « Je ne me souviens pas d'avoir jamais fait serment de ne pas me

servir de mes poings; je jure à l'avocat Piret que je m'en servirai encore. »

Vers la fin de septembre 1787, les libelles pleuvaient dans tout le pays de Liége et de nouvelles protestations arrivaient, entre autres une du magistrat même de Spa. Piret était le point de mire de toutes les attaques; on le dépeignait comme un homme dangereux, dont les écrits portaient atteinte à la constitution nationale. « Citoyens, disaient les démocrates exaltés, vous dormez, tandis que Liège est dans les fers. Peuple, tu es esclave! ton prince est despote. »

Piret répondit : « Les vingtièmes, l'industrie et la capitation n'emportent pas le salaire de l'artisan. La taille, la milice et la corvée n'empêchent pas le laboureur de bénir le gouvernement. Les avocats et les procureurs sont peut-être un peu agités en ce moment; mais les *épices* les consoleront. Où sont donc, veuillez me le dire, ces fers, ce despotisme, cette tyrannie, ces supplices qui excitent vos frayeurs? Si les bons citoyens dorment, laissez-les dormir tranquillement. Cessez de faire retentir à nos oreilles le bruit des haines, et épargnez-nous vos mots ronflants... La faiblesse des lois, une liberté poussée jusqu'à la licence, l'oisiveté d'un grand nombre et les excitations des mécontents portent le peuple aux émeutes. Il faut instruire le peuple pour qu'il ne se laisse pas séduire par ces grands mots de *liberté* et de *patriotisme* dont on le fatigue sans cesse. »

Nous n'exposerons pas les diverses phases de la révolution liégeoise et ses progrès rapides.

Le 16 août 1789, Piret, poursuivi par le peuple, à la fureur duquel il parvint cependant à se soustraire, fut noyé en effigie dans la Meuse. Les héros du lendemain étaient Dechestret, Fabry, Cologne et Gossuin.

Le 18 du même mois, le prince de Hœnsbroek fut forcé dans son château de Seraing et amené en triomphe à l'hôtel de ville de Liége. Le 27, il se déroba par la fuite aux insultes et aux violences du parti démocrate, et ne rentra dans ses Etats que le 13 février 1791.

En 1792, Piret fut noblement récompensé pour l'attachement qu'il avait montré à la personne du prince et pour la persistance éclairée et pleine de périls avec laquelle il avait soutenu les

droits de son souverain : il fut nommé conseiller des finances, conseiller intime et avocat de S. A. Il n'a pu jouir que fort peu de temps de ces honneurs... La vieille société s'écroulait; la révolution française était à son apogée et trouva de l'écho dans le pays de Liége ; et Hœnsbroek succomba à sa tâche ardue.

La Convention nationale, déférant au *vœu librement émis par le peuple souverain,* composant les communes des pays de Franchimont, Stavelot et Logne, dans leurs assemblées primaires, déclara, le 2 mars 1793, la réunion de ces communes à la République française.

Le 4 mars 1793, même vœu et même déclaration à l'égard de Florennes et des trente-six villages qui formaient son arrondissement.

Le 8 mai 1793, la Convention nationale décréta la réunion de tout le pays de Liége à la France, après avoir entendu la lecture d'une adresse des citoyens de Liége réfugiés à Paris, qui demandaient cette réunion *au nom de leurs concitoyens* [1].

Il y avait plus de deux cents émigrés liégeois, dont le plus grand nombre appartenait au parti jacobin, qui tenaient ce langage à Paris, *au nom de leurs concitoyens* ; parmi eux on comptait cependant des modérés ou girondins, dont les plus connus étaient les deux Bassenge, Defrance, Digneffe, Soleure, Fabry père et fils, Henkart, Lesoinne et Levoz, les mêmes hommes qui ont joué un rôle dans le conflit politique qui nous occupe.

Piret, dont les efforts auraient été vains désormais pour combattre les doctrines qui avaient si grand cours alors, signalé d'ailleurs comme soutien du *tyran,* à l'arrivée des *sauveurs* de la France, et menacé d'ailleurs dans sa propre existence, prit la détermination de partir pour la terre d'exil, à l'exemple d'un grand nombre de Belges de cette époque. Arrivé au mois de juillet 1794, à Brême, sans appui et sans connaître la langue du pays, il y luttait courageusement contre les revers de la fortune, en exerçant successivement l'industrie de fabricant de chandelles, les fonctions d'instituteur et la profession de commis négociant.

Rentré dans ses foyers en 1801, il monta une fabrique de cire

[1] La réunion définitive de la Belgique et du pays de Liége à la France a eu lieu par le décret du 1er octobre 1795. Jusque-là la province actuelle de Liége faisait un Etat à part.

à cacheter et de dégraissage de plumes, qu'il remplaça, en 1812, par une fabrique de sucre de betteraves, qu'on croit avoir été la première fabrique de ce genre établie dans ce pays.

La chute de l'Empire et la suppression du système continental ayant amené la ruine de cette dernière branche d'industrie qui lui donnait de très-beaux bénéfices, Piret reprit son rang au barreau, carrière que, pour son bonheur et celui de sa famille, il n'aurait pas dû quitter, mais en se tenant en dehors de tous les partis politiques.

Député du commerce de Liége en 1815, Piret fut nommé par le roi des Pays-Bas aux doubles fonctions de membre de la Commission relative au tarif des droits d'entrée et de sortie, et de membre du syndicat d'amortissement.

En 1816, il fut pensionné par les Etats allemands, comme ancien conseiller du prince-évêque de Liége.

Le 20 juin 1817, le roi le nomma conseiller à la Cour supérieure de Liége, place honorable et active, qu'il occupa jusqu'à son admission à la retraite, le 4 octobre 1832. Il décéda à Liége, le 11 janvier 1838, à l'âge de quatre-vingts ans, en ne laissant d'autre postérité qu'une petite-fille, M^me^ veuve Dejaer.

Il nous reste à dire un mot sur l'assertion de quelques écrivains qui contestent à Piret la paternité du *Mémoire sur la souveraineté,* pour l'attribuer à l'abbé de Paix [1].

Si l'avocat Piret n'avait été que le prête-nom de l'abbé de Paix, les outrages qu'on lui prodigua, le 16 août 1789, et dont l'exil fut la suite, étaient de nature à lui faire rompre le silence.

La complaisance va-t-elle au point de mettre ses jours en péril, de braver la fureur d'une populace effrénée, de compromettre son repos et son avenir, et d'engager même sa fortune?

Cet ouvrage dépasse-t-il donc les forces de Piret, ami et conseiller du prince, échevin de Fléron, jurisconsulte très-estimé même à la Cour de Liége, qui l'a appelé plusieurs fois à présider les assises? Il avait déjà mesuré ses forces dans les plaidoyers contre Ranscelot; il en fit preuve encore dans les quatre brochures politiques postérieures au *Mémoire sur la souveraineté*

[1] *Promenades historiques dans le pays de Liége,* par M. le docteur Bovy 1838, t. I, p. 106; discours de M. le président de Gerlach, de 1846 (*Bulletin de l'Académie de Bruxelles,* p. 597).

dans tous ses ouvrages, je remarque le même cachet d'originalité, le même style et la même causticité.

Comment Piret aurait-il eu le front de s'attribuer la paternité de ce mémoire dans ses écrits postérieurs? Et Dechestret, son adversaire impitoyable, ne l'aurait-il pas honni, ne lui aurait-il pas reproché de se faire gloire de ce qui ne lui appartenait pas? A moins de prétendre que de Paix ne soit l'auteur de tous les écrits politiques de Piret. De Paix fait-il accroire cela dans la correspondance que possède aujourd'hui M. l'abbé de Paix ? Je l'ignore.

Il est vrai que Bassenge adresse à de Paix les lettres par lesquelles il réfute la doctrine professée par l'auteur du fameux mémoire ; mais dans aucun passage il ne fait passer son interlocuteur pour auteur. De Paix était alors un homme très-haut placé dans les conseils du prince, un des hommes les plus considérables du pays. Mirabeau même en parle dans sa brochure.

C'est là probablement la raison pour laquelle Bassenge le prend à partie, lui adresse ses fameuses lettres [1].

L'abbé Gehin consacre plusieurs pages de son pamphlet à la réfutation du mémoire de Piret. Si cet écrivain méchant avait soupçonné que cet avocat ne fût que le pseudonyme de l'abbé de Paix, certes il aurait fait retomber sur son confrère toutes les attaques de mauvais aloi dont il a gratifié Piret.

De ce que le tréfoncier de Paix était un homme d'un esprit remarquable, résulte-t-il que Piret n'en avait pas?

Dans l'avant-propos du *Mémoire sur la souveraineté*, Piret dit que le motif qui l'a déterminé à publier cet écrit est de justifier l'avis qu'il avait été appelé à donner à l'état tiers. Pour ne pas croire exacte cette assertion, il faudrait supposer une grande impudence à Piret et une grande crédulité à ses adver-

[1] Il s'agit du *tréfoncier de Paix*, qu'on confond parfois avec son frère, connu sous le nom *d'abbé de Paix*. Le tréfoncier était savant et homme d'Etat des plus distingués. Outre sa charge de tréfoncier, il était chanoine d'Aix-la-Chapelle, membre du Conseil privé, président du Conseil de médecine, membre de la Chambre des comptes, orateur du club de Welbruck et membre de la Société d'émulation de Liége. De son exil à Wurtzbourg, il entretint une correspondance active avec l'évêque de Mean, de Liége. M. de Ram possède ses lettres.

saires. Si cet ordre l'a consulté, c'est qu'il avait confiance dans ses lumières et dans son patriotisme.

Une personne très-respectable de Liége, contemporain et adversaire de Piret, m'a assuré qu'au domicile même de cet avocat on distribuait le mémoire en question, et que, dans son opinion, de Paix a peut-être communiqué à Piret quelques renseignements, quelques idées. J'accepte cette version.

BRITZ,
Docteur en droit, greffier en chef du tribunal de Bruges (Belgique).

DOCUMENT RELATIF AU TAUX DE L'INTÉRÊT

AU MOYEN AGE.

On sait que deux ordonnances de Philippe-Auguste ont fixé à 2 deniers par livre et par semaine le taux de l'intérêt exigible par les juifs[1]. Ce serait une chose curieuse à étudier que les usages qui réglaient cette matière avant ces ordonnances. Les cartulaires des communautés ecclésiastiques fourniraient, pour cette étude, une mine précieuse.

Sans doute les établissements religieux ne prêtaient pas à intérêt, ou au moins s'ils le faisaient ce n'était jamais que d'une manière déguisée, c'est-à-dire sous forme d'antichrèse, et en voilant, sous les apparences d'un acte d'engagement, les conventions qui avaient pour but de faire payer par le débiteur une somme supérieure au capital prêté. Les canons prohibaient le prêt à intérêt d'une manière tellement formelle qu'on n'aurait pu les violer essentiellement sans se révolter contre l'Église. Mais les canons ne prohibaient pas les emprunts faits à charge d'intérêt. Les établissements ecclésiastiques se sont, par conséquent, fort souvent engagés à payer des intérêts.

Il serait donc possible de relever, dans les archives des abbayes et des chapitres, des chartes dans lesquelles se trouverait la mention d'une stipulation d'intérêt antérieure aux ordonnances de Philippe-Auguste. Un document de cette nature existe dans le cartulaire de la comtesse Blanche de Champagne[2], et dans celui de l'abbaye de Clairvaux[3]; c'est une charte de Robert,

[1] Ces décisions datent, l'une de 1206, l'autre de 1218. Elles ont été publiées toutes deux dans la Collection des ordonnances : la première, t. XI, p. 291 ; la seconde, t. I, p. 36.

[2] Autrefois cité sous le nom de *Cartularium Campanie Colbertinum* (Bibliothèque impériale). Cette pièce se trouve au folio VIII^{xx}, I, 2°. Elle est citée dans le *Gall. Christ. Nov.* IV, 685 A et 807 A.

[3] Bibliothèque impériale, Ms., Fonds des cartulaires, n° 30; Bibliothèque de Troyes, Ms., n° 703. Cette pièce est cotée *Moreins*, II.

évêque de Langres, et d'Arnaud, abbé de Cîteaux, datée de février 1207 (v. st. 1208?). Elle constate que depuis onze ans l'abbaye de Saint-Bénigne de Dijon doit à un juif nommé Valin une somme de 1,700 livres, prêtée à un intérêt de 3 deniers par livre et par semaine, ce qui fait par an 65,62 pour 100.

L'emprunt devait remonter à 1196 ou 1197. Il était antérieur d'environ dix ans à la première ordonnance de Philippe-Auguste; il était donc parfaitement valable. Depuis cette époque, l'abbaye n'avait pu rien rembourser ni du capital ni des intérêts. Elle se trouvait donc devoir 9,825 livres 11 sous, valant 199,065 fr. 64 c.[1], au pouvoir de 1,194,393 fr. 86 c.[2], au lieu de 1,700 livres valant 34,442 francs au pouvoir de 206,652 francs. Sa dette était presque sextuple de la somme qu'elle avait reçue.

Il ne lui restait qu'une manière de se libérer : elle l'employa. Elle vendit à la comtesse de Champagne la ferme de Moreins[3]. La comtesse prit la dette à sa charge. Les barons du moyen âge avaient, pour obtenir quittance des juifs sans bourse délier, de certains moyens aujourd'hui hors d'usage et que les abbayes ne pouvaient pas employer.

Voici la charte dont il s'agit :

« Ego Robertus, Dei gratia Lingonensis episcopus, et ego « frater Arnaldus, abbas Cistercii, notum facimus universis pre- « sentibus et futuris, quod abbas Adam et totus conventus ec- « clesie Sancti-Benigni Divionensis dederunt et concesserunt de « assensu nostro, qui plenam habebamus auctoritate apostolica « potestatem tam in capite quam in menbris ecclesie Sancti- « Benigni super venditione possessionum suarum ad solutionem « debitorum ejusdem ecclesie faciendam, nobili domine Blanche, « comitisse Trecensium palatine, domum de *Moreins* cum om- « nibus tenementis et appendiciis suis pro mille septingentis « libris Pruviniensium et usuris earum, que cucurrerant per « undecim annos, et unaqueque libra tres denarios per hebdo- « madam lucrabatur in manu Vallini judei. Nos autem, atten-

[1] En admettant que la monnaie de Provins eût la même valeur intrinsèque que la monnaie tournois, et en donnant à la livre tournois une valeur intrinsèque de 20 fr. 26 c., suivant les calculs de M. de Wailly.

[2] En admettant que le pouvoir de l'argent fût, au douzième et au treizième siècle, sextuple de ce qu'il est aujourd'hui.

[3] Commune de Mouterie (Haute-Marne).

« dentes tantam esse paupertatem ecclesie, quod alio compe-
« tentiori modo nec minus dampnoso non posset memoratum
« debitum et lucrum solvi, hanc donationem ratam habemus, et
« auctoritate apostolica, qua fungimur confirmamus.

« Actum mense februario, apud Divionem, anno ab incarna-
« tione Domini M° CC° VII°. »

H. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE.

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES

AUX DIVERSES ÉPOQUES DU DROIT ROMAIN.

CHAPITRE II.

§ 2. — Règlement des dispositions de dernière volonté d'après les lois Julia et Papia. — Combinaison des incapacités et des priviléges.

(Suite [1].)

On a vu, par ce qui précède, quelle importance l'ancienne doctrine, encore en honneur chez nos commentateurs modernes, attachait à la circonstance de l'*apertura tabularum*, qui, prétend-on, aurait servi de point d'arrêt à l'exercice de la *caducorum vindicatio*. Cette influence si considérable, donnée à la formalité de l'ouverture du testament, exige que nous entrions dans quelques détails à cet égard.

Il paraît que, dès la république, les dispositions testamentaires auraient été frappées d'un impôt. L'Etat prélevait sur les héritiers et sur les légataires une portion de leur émolument. Cet impôt, introduit sans doute par la loi Voconia, aurait été plus tard supprimé, puis définitivement rétabli par Auguste, qui aurait fixé l'impôt au vingtième. De là le nom de *lex vicesimaria* ou plutôt *vicesima* [2], sous lequel est connue cette loi, qui serait de

[1] Voyez *Revue historique*, année 1857, p. 161, 303 et 401; année 1858, p. 1, 101 et 309.

[2] Les Pandectes renferment divers extraits (l. 13, *De transact.*; l. 37, *De relig. et sumpt.*; l. 7, *Qui test. fac.*; l. 68, *Ad leg. Falcid.*; l. 154, *De verb. sign.*) tirés d'un ouvrage du jurisconsulte Æmilius Macer, avec ce titre : *Ad legem vicesimam hereditatum*. On trouve aussi dans les Commentaires de Gaïus, III, § 125, la mention de la *lex vicesima hereditatum*.

l'an 759 [1], et se placerait ainsi entre la loi Julia et la loi Papia.

Paul, dans ses *Sentences*, liv. IV, tit. VI, nous a fait connaître les formes employées pour l'ouverture des testaments, et les précautions prises pour en assurer la conservation. Il nous apprend en même temps que la loi exigeait que cette ouverture eût lieu le plus tôt possible, *statim post mortem testatoris*. Divers rescrits auraient néanmoins accordé une certaine latitude, qui, suivant les époques, aurait fait varier un peu le délai. Mais, en général, sauf le cas d'absence, c'était dans les trois ou cinq jours après le décès (*intra triduum vel quinque dies*) que le testament devait être présenté aux magistrats. Le jurisconsulte ajoute que les droits des différents intéressés, notamment celui de l'Etat, ne devaient pas souffrir un plus long retard.

Pour accélérer la mesure en question, les auteurs de la loi Papia imaginèrent de lier à son accomplissement l'intérêt des héritiers, en décidant qu'il ne serait pas permis de faire adition tant que les tablettes du testament n'auraient pas été ouvertes. Cette prescription se trouvait, paraît-il, en tête des dispositions caducaires de la loi, suivant le rapport de Justinien, § 1, *De cad. toll.* : « *Cum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia ab aditionibus, quæ circa defunctorum hereditates procedebant, sumpsit.* » Tandis qu'autrefois l'hérédité laissée purement et simplement était déférée dès la mort du testateur, et que chaque institué pouvait, à partir de ce moment, faire adition, pourvu qu'il fût instruit de son droit, désormais la délation n'eut plus lieu que *post apertas tabulas*, ce qui subsista jusqu'à Justinien, qui, en réformant la loi Papia et rétablissant les anciens principes, autorisa l'adition immédiate après la mort du testateur : « *Primum hoc corrigentes, et antiquum statum renovantes, sancimus, omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem.* »

Le retard apporté à la délation de l'hérédité entraîna par suite un retard dans le *dies cedens* des legs purs et simples. Tant

[1] Tel est le système soutenu par M. Bachhofen, *Ausgew. Lehr.* (Abhandlung X). Il s'appuie principalement sur ce passage de Dion Cassius, liv. LV, ch. XXV : « *Instituit autem ut vicesima pars hereditatum ac legatorum, exceptis iis quæ a maxime propinquis, ac pauperibus, morte relinquebantur, in ærarium militare inferrentur, quasi scriptum in Cæsaris Commentariis id genus pensionis reperisset. Fuerat enim jam ante aliquod introductum, sed omissum rursus, tunc renovatum est.* »

qu'il n'y avait pas encore de droit ouvert par la disposition principale, pour l'institution, il devait en être de même à l'égard des dispositions accessoires. Aussi avons-nous vu dans un texte d'Ulpien (*Reg.*, tit. XXIV, § 31) que ce n'était plus lors du décès du testateur, mais seulement après l'ouverture des tablettes, que les legs purs et simples venaient s'asseoir sur la tête des légataires. Le jurisconsulte, il est vrai, fait remonter cette innovation à la loi Papia même, tandis que Justinien, au paragraphe 1, *De cad. toll.*, attribue à un sénatus-consulte postérieur ce développement de la règle introduite quant à la délation de l'hérédité. En tout cas, il nous semble sans importance de reconnaître le mérite de l'exactitude à l'un plutôt qu'à l'autre de ces récits.

Comme, chez les Romains, les héritiers qui avaient besoin de faire adition ne transmettaient pas la succession à laquelle ils étaient appelés, s'ils mouraient sans avoir fait adition; comme, à l'égard du legs, il y avait également intransmissibilité, si le légataire mourait antérieurement au *dies cedens*, la conséquence des dispositions dont nous venons de parler fut de rendre possibles des défaillances qui, suivant les anciens principes, ne se seraient pas produites. L'institué, qui décédait avant l'ouverture du testament, aurait pu jadis prévenir la déchéance par une adition immédiate. De même le légataire, qui ne survivait pas à cette ouverture, aurait autrefois acquis son legs pur et simple, grâce à sa survie au testateur. Justinien nous dit que le profit de ces défaillances était dévolu à la caducité : « *Ut quod in medio deficiat, hoc caducum fiat*, § 1. » Il ne faut voir là qu'une application de la règle en vertu de laquelle toutes les dispositions, à part celles dites *pro non scriptis*, qui ne sortissaient pas effet, devaient désormais entrer dans le domaine du *jus caduca vindicandi*, par lequel était supplanté le *jus adcrescendi*. Cette décision est fort simple, quand on admet, comme nous le faisons, que tout ce qui fait défaut devient en général *caduc*, parce qu'il y a, suivant nous, synonymie entre ces expressions : *deficere*, et *caducum fieri*[1].

Il nous paraît effectivement bien peu rationnel d'imaginer que

[1] Les deux mots *deficere*, *cadere*, présentent en effet la même idée. Aussi, dans notre style législatif, le terme *caducité* a-t-il pu être conservé, bien que nous ne connaissions aucune des causes de déchéance qui devaient leur origine aux lois Julia et Papia.

cet intervalle si étroit, accordé aux *patres* pour obtenir quelques *caduca* fort incertains, fût pour eux une dernière ressource qui, une fois épuisée, les laissait soumis au droit commun, et dénués de tout privilége quant aux défaillances qui pouvaient survenir postérieurement. C'eût été leur faire payer chèrement le rare bénéfice des déchéances susceptibles de s'effectuer pendant les quelques jours qui séparaient le décès de l'ouverture du testament. Il y a mieux : la suspension de tous les droits frappés d'inertie jusqu'à l'*apertura tabularum* pouvait, puisqu'elle était générale, atteindre les privilégiés aussi bien que les autres. Un *pater*, institué ou gratifié d'un legs, pouvait mourir avant cette ouverture, et perdre dès lors ce qu'il aurait acquis, abstraction faite des exigences nouvelles de la loi Papia. Celui qui avait des enfants à la mort du testateur pouvait en être privé à l'époque maintenant reculée de la délation de l'hérédité ou du *dies cedens* de son legs. Il est clair qu'en faisant dépendre l'acquisition des droits de l'*apertura tabularum* on n'avait pas songé à améliorer la position des *patres*; car le bienfait qu'on eût voulu leur accorder pouvait se retourner contre eux. Ne vaut-il pas mieux dire qu'il n'y avait là qu'une idée fiscale, un moyen d'assurer la publicité des testaments et de faciliter le recouvrement de l'impôt? C'était bien assez que les *patres* fussent exposés, en cas de décès pendant ce délai, à des pertes qu'ils n'avaient pas méritées, sans faire subir à ceux qui survivaient une déchéance pour l'avenir de la position privilégiée qui leur était faite dans un intérêt public.

Comment concevoir les scrupules qui auraient porté le législateur à réserver au domaine du *jus antiquum* les parts héréditaires ou les legs qui n'auraient défailli qu'après l'*apertura tabularum*, par suite du décès des institués sans adition, ou par l'effet d'une répudiation de la part des intéressés? Quand on créait des incapacités fort exorbitantes pour alimenter la *caducorum vindicatio;* quand, dans cette vue, on frappait sans pitié les *cœlibes*, et avec quelque ménagement les *orbi*, pourquoi aurait-on respecté ce qui était disponible d'après les anciennes règles; pourquoi aurait-on hésité à mettre la main sur des dispositions vacantes, à l'égard desquelles il n'y avait en définitive qu'un manque de lucre plutôt qu'une perte vis-à-vis de ceux qui auraient été exclus de la participation à cette aubaine? Remarquons

que la lutte n'est engagée qu'entre les *solidi capaces*, qui déjà, malgré leur désobéissance aux lois, conservent tout ce qui leur est directement attribué, et les *patres*, pour lesquels la faveur allait jusqu'à transformer des légataires en héritiers. Quel défaut d'harmonie ne pourrait-on pas signaler dans les dispositions des lois caducaires, si le système que nous combattons était exact? S'agit-il de déchéances qui se sont réalisées *vivo testatore*, par le prédécès des appelés, peut-être par la défaillance de la condition, en un mot, par des motifs qui ont leur source dans le droit commun, ce sera, suivant l'opinion ordinaire, un profit exclusif pour les *patres*. La même préférence va se continuer quelques jours encore après la mort du testateur, tant qu'il n'y aura pas eu ouverture du testament. Dans cet intervalle, il est fort possible que les déchéances qui se produisent ne soient pas dues précisément à l'intervention de la loi Papia. L'institué, dont le décès a suivi presque aussitôt celui du testateur, n'aurait peut-être pas eu le loisir de se prononcer, de délibérer et de prendre parti pour l'adition, quand même elle eût été immédiatement autorisée. Mais tout à coup survient l'ouverture du testament. Cette mesure, qui satisfait à l'intérêt du trésor public, va avoir la puissance de changer les règles à suivre, d'effacer tous les motifs de privilége ou de rigueur. On ne distinguera plus désormais les *patres* d'avec ceux qui ne le sont point. Nous cherchons vainement quelle liaison il peut y avoir entre la cause et les effets, par quelle considération ceux qui ont bien mérité de l'Etat ne devront plus être récompensés, et ceux qui, au contraire, n'ont pas mérité seront exempts de la défaveur qu'ils avaient encourue.

Veut-on prétendre que les positions des divers ayant droit doivent être irrévocablement fixées au moment où l'hérédité est déférée; qu'elle passe dès lors à ceux qui se trouvent appelés, de manière à se répartir entre eux sur la base des anciennes règles? Mais nous ferons observer qu'il n'est pas possible, à l'époque indiquée comme fatale, de connaître le mode d'après lequel devra être faite la distribution du montant de la succession. Grâce aux tempéraments dont on usait à l'égard des nouveaux incapables, il faut attendre un espace de cent jours, avant de savoir si l'on devra admettre au partage ou dans quelle mesure les *cœlibes*, les *orbi*, les Latins Juniens. Ceux-ci peuvent se mettre en règle durant cet intervalle, en se mariant, en deve-

nant *patres*, en acquérant la cité romaine. On sera donc forcé de différer la liquidation de la succession. Il est bien certain que les *patres*, au bout des cent jours, invoqueront utilement leur privilége à l'égard des dispositions faites au profit des différents intéressés qui n'auront point purgé leur incapacité. La prérogative des *patres* n'est donc pas éteinte dès l'*apertura tabularum*; et si elle se maintient en vigueur pour des institutions ou des legs qui ne deviendront caducs qu'après cent jours, est-il raisonnable de lui dénier la même puissance quant à ce qui défaillera ultérieurement, peut-être même plus tôt, sous le prétexte qu'à partir de l'ouverture du testament il est trop tard pour pouvoir *caducum vindicare?* Enfin, par quelle bizarrerie la déchéance de la condition, à quelque époque qu'elle arrive, fera-t-elle revivre, suivant la décision qui prévaut, le privilége des *patres*, s'il était épuisé depuis longtemps?

Toutes ces contradictions disparaissent, quand on décide, avec la définition d'Ulpien, que les *caduca* embrassent tout ce qui, ayant été *ab initio* valablement laissé, vient ensuite à défaillir pour quelque cause que ce soit, « *aliqua ex causa non ceperit.* » Ces expressions sont aussi larges que possible; et il nous paraît souverainement arbitraire de sous-entendre, avec M. Rudorff[1], qu'il doit s'agir d'une cause de déchéance non reconnue par l'ancien droit. Il est vrai que dans les exemples donnés par le jurisconsulte les anciennes causes de déchéance ne se rencontrent pas. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'intention d'Ulpien n'était pas de présenter une énumération complète, puisqu'il ouvre sa liste par ces expressions : *verbi gratia*. On est bien obligé de reconnaître que certaines hypothèses de déchéances nouvelles sont omises ici, ainsi que nous l'avons fait observer plus haut. Il y a silence, en effet, quant à la moitié qui doit être enlevée comme caduque à l'*orbus*, de même que sur la réduction que subira le conjoint vis-à-vis lequel la quotité disponible aurait été dépassée. Nos adversaires attachent une importance particulière à ce qui est dit de la caducité, qui pour l'héritier ou le légataire aurait lieu par suite de son décès antérieurement à l'ouverture du testament, « *aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante aper-*

[1] Cet auteur, dans l'édition qu'il a donnée du troisième volume du *Cursus der Institutionen* de Puchta, paraphrase comme il suit les mots d'Ulpien : « *Einem nicht schon in alten Civilrecht anerkannten Grund der Unfähigkeit.* »

tas tabulas decesserit ; » d'où ils concluent *à contrario* que le décès survenu postérieurement n'entraînerait pas caducité. Nous répondrons qu'il suffit, pour l'exactitude de la proposition énoncée, qu'elle fût vraie quant au décès *ante apertas tabulas*, sans qu'il y ait rien à en induire pour un cas qui n'est pas prévu. Il n'est pas nécessaire, croyons-nous, de rapporter exclusivement, ainsi que l'a proposé Schneider, ces mots : *ante apertas tabulas* à l'hypothèse du légataire qui précède immédiatement, et pour lequel, en effet, son décès après cette formalité n'empêchait pas la transmission, tandis qu'à l'égard de l'héritier un acte d'adition de son vivant était en outre exigé. Probablement Ulpien, parlant à la fois de la caducité de l'institution et de celle du legs, a mentionné la circonstance de l'*apertura tabularum* afin de donner une solution qui fût commune aux deux cas. Mais comme ailleurs le même jurisconsulte est formel pour faire rentrer sous l'idée de caducité la non-adition de la part d'un institué, nous sommes fondé à dire qu'il a pris soin de démentir les conséquences que l'on cherche à tirer de la manière en apparence restrictive dont il s'est exprimé au titre XVII.

Le texte d'Ulpien auquel nous faisons allusion est le paragraphe 21, tit. I, de ses *Regulæ*, que nous avons déjà cité, et qui décide fort nettement que depuis la loi Papia la circonstance qu'il y a répudiation de la part de l'un des institués donne ouverture à la *caducité :* « *Sed post legem Papiam Poppæam, quæ partem non adeuntis caducam facit.* » Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons déjà fait observer, savoir : qu'il n'y a de répudiation efficace qu'après la délation de l'hérédité, c'est-à-dire après l'*apertura tabularum*. Nous ajouterons seulement que, dans l'espèce prévue par Ulpien, il y a absence de tout héritier *pater* pouvant invoquer le *jus caduca vindicandi*. Aussi l'exercice de cette prérogative se trouve-t-il dévolu aux *legatarii patres*, qui, nous le savons, primaient l'*ærarium :* « *Loco non adeuntis legatarii patres heredes fiunt.* » Or, depuis la loi Papia, le droit des légataires ne prenait naissance qu'après l'ouverture du testament, puisque le *dies cedens* ne se plaçait qu'à cette époque. Il suit donc de là que les *patres*, qui figuraient dans le testament en qualité de légataires, pouvaient tirer parti des avantages attachés à la paternité, même à l'occasion de déchéances qui se réalisaient postérieurement à l'*apertura tabularum*. Mais, s'il

en était ainsi à l'égard des *legatarii patres* qui n'obtenaient qu'un rang secondaire quant au droit de revendiquer les parts caduques, à plus forte raison ce privilége devait-il appartenir aux *patres* institués, qui étaient préférés aux *patres* légataires.

Un fragment des Pandectes, que nous avons précédemment invoqué sur un autre point, la loi 28, *De legat.* 2°, prévoit l'hypothèse où il y a répudiation d'un héritier qui se trouvait être un patron institué *ex parte debita* par son affranchi, mais qui, en outre, avait été grevé de fidéicommis. Les expressions dont se sert Marcellus pour désigner ceux qui bénéficieront de la répudiation sont exclusives de l'idée de l'accroissement qui devrait profiter indistinctement à tous les héritiers. Le jurisconsulte avait assurément en vue certains privilégiés, qu'il indique par ces mots : « *qui eam partem vindicant,* » ce qui, comme nous l'avons fait remarquer, s'applique uniquement aux *patres*, dont le droit était vulgairement connu sous cette dénomination : « *jus caduca vindicandi.* » Sans doute, à l'époque de Justinien, on ne doit plus donner au texte de Marcellus la portée restreinte qu'il avait dans la pensée de son auteur. C'est un vestige de l'ancienne législation qui a échappé aux compilateurs, malgré la recommandation qui leur avait été faite à cet égard par l'empereur. Si l'on ne rencontre pas au Digeste d'autres fragments positifs sur la question qui nous occupe, il ne faut pas s'en étonner, puisque les commissaires de Justinien avaient ordre de les négliger ou de les réformer.

En ce qui concerne la caducité relativement aux legs, le système que nous soutenons trouve un appui bien fort dans des textes qui n'ont subi aucune interpolation de la part de Tribonien et de ses collaborateurs. Ulpien, dans ses *Regulæ*, tit. XXIV, § 12, commence par exposer l'ancien droit d'accroissement entre les colégataires *per vindicationem*. Cet accroissement opérait incontestablement, quelle que fût la cause pour laquelle l'un des légataires faisait défaut ou l'époque à laquelle se produisait cette défaillance. Aussi Ulpien se sert-il des expressions les plus larges : « *Non concurrente altero pars ejus alteri adcrescebat.* » Or, c'est précisément dans les mêmes hypothèses où avant la loi Papia l'accroissement était mis en jeu que désormais fonctionnera le *jus caduca vindicandi*, qui lui est substitué et qui a

généralement[1] le même domaine. Le jurisconsulte continue en énonçant la règle nouvelle en vigueur de son temps : « *Sed post legem Papiam Poppœam non capientis pars caduca fit.* » De même, dans le paragraphe suivant, à l'occasion du legs *per damnationem*, il nous apprend que les principes de la *caducorum vindicatio* font aujourd'hui obstacle à ce que l'émolument du colégataire *per damnationem* défaillant profite à l'héritier qui était grevé. La prérogative des *patres* est venue remplacer les effets du *jus civile*. Il suffit, pour qu'elle s'exerce, que l'un des légataires ne recueille pas : « *Nunc autem caduca fit.* » Ces décisions d'Ulpien font voir bien clairement qu'il y aurait erreur à raisonner *à contrario* de ce que le même auteur a écrit au titre XVII, où il déclare *caduque* la part du légataire défaillant *ante apertas tabulas*, pour en conclure qu'il en devait être autrement, si la défaillance était postérieure à cette circonstance.

Le témoignage d'Ulpien est maintenant confirmé par les Commentaires de Gaïus, où l'on trouve exactement la même doctrine, c'est-à-dire la substitution générale du *jus caduca vindicandi* au *jus adcrescendi*. Gaïus aussi détermine d'abord, au paragraphe 199, la portée du *jus adcrescendi*, qui suppose que tous les appelés ne viennent pas recueillir leur legs : « *Si omnes non veniant ad legatum ;* » et il qualifie de *deficiens* la part de celui qui ne veut ou ne peut concourir. Un peu plus loin, au paragraphe 206, il fait observer que la *portio deficiens*, autrefois gouvernée par le *jus adcrescendi*, n'est plus sous l'empire de ses règles, et qu'on doit, depuis la loi Papia, appliquer les principes de la *caducorum vindicatio*. On peut également, quant au legs *per damnationem* fait à plusieurs personnes, constater l'accord de Gaïus avec Ulpien, au point de vue de la dévolution de la part défaillante, en rapprochant les paragraphes 205 et 206, d'où il ressort qu'au lieu de profiter à l'héritier grevé, le bénéfice de cette déchéance est attribué à ceux qui *in eo testamento liberos habent*. Il serait vraiment inexplicable que les deux jurisconsultes eussent mentionné

[1] Nous disons *généralement* parce qu'il n'y avait pas identité absolue. D'une part, en effet, les dispositions réputées non écrites échappaient au *jus caduca vindicandi* pour continuer à rester soumises à l'accroissement ; d'autre part, la *caducorum vindicatio* avait plus de portée que le *jus adcrescendi*, car elle n'exigeait pas la *conjunctio* qui servait de base à l'accroissement.

d'une manière aussi absolue le droit des *patres*, s'il avait été soumis à la restriction si importante que lui assignent nos adversaires.

C'est en conformité avec la doctrine que nous ont conservée ses Commentaires que Gaïus, interprétant les lois Julia et Papia, décide la question suivante, dans un fragment qui forme la loi 55, pr. *De legat.* 2°. La même chose a été léguée à deux personnes ; l'un des légataires après le *dies cedens* vient à mourir laissant pour héritier son colégataire. Ce dernier, qui réunit ainsi un double droit sur sa tête, répudie soit son propre legs, soit celui que lui a transmis son auteur. Suivant Gaïus, la part répudiée est *deficiens*, ce qui, pour lui, nous le savons, est synonyme de *caduca*. « *Magis placere video partem defecisse.* » La même solution est donnée à l'occasion des mêmes faits, dans la loi 12, pr. *De legat.* 1°, par Pomponius, qui invoque sur ce point l'autorité de Labéon et de Proculus, et qui n'admet l'acquisition du legs intégral qu'autant que l'ayant droit acceptera tant de son propre chef que du chef de son auteur. Il n'y a pas contradiction entre ces textes et la loi 59, *De legat.* 2°. Ici Terentius Clemens, qui traitait aussi des lois caducaires, prévoit une hypothèse analogue. Le même objet a été légué au maître et à son esclave, mais sous condition pour celui-ci. Le jurisconsulte commence, en effet, par dire que la répudiation faite par le maître de son legs pur et simple rend sa part *deficiens*, c'est-à-dire la soumet au *jus caduca vindicandi*, et que plus tard l'arrivée de la condition du vivant de l'esclave n'autorisera pas le maître à recueillir tout le legs. Cette décision est donnée d'une manière fort affirmative : « *Partem legati deficere responsum est.* » Il est vrai que la fin du texte contient une rétractation de ce qui précède, et que la solution inverse est présentée comme étant plus équitable. Mais, à notre avis, il ne faut voir autre chose dans ces derniers termes que la main des compilateurs qui substituent maladroitement les règles du droit d'accroissement aux règles du *jus caduca vindicandi*, sans prendre la peine d'effacer complétement la mention de l'ancienne décision [1].

[1] On peut sauver la contradiction d'une autre manière, en faisant observer que l'espèce de la loi 59 diffère de celle dont s'occupent les lois 12 et 55. Dans le cas de ces dernières lois, il s'agit de deux legs originairement distincts, qui viennent subséquemment se réunir dans la même main, tandis

Schneider, dans son *Traité du droit d'accroissement*, publié en 1837, a eu le mérite de rompre avec les anciennes idées, et d'en démontrer le peu de fondement. Il admet ces deux propositions : 1° Pour constituer un *caducum*, il est indifférent qu'abstraction faite des lois Julia et Papia la disposition pût ou non *jure antiquo* être recueillie par le gratifié [1]. 2° L'*apertura tabularum* ne met point nécessairement un terme à la caducité ; par suite, la répudiation d'un héritier ou sa mort avant adition, bien que ces deux faits soient postérieurs à l'ouverture du testament, donnent ouverture à la *caducorum vindicatio* [2]. Toutefois, au lieu de substituer à la théorie erronée qu'il repoussait le système simple et facile que nous avons fait ressortir des textes de Gaïus et d'Ulpien, ainsi que de la constitution de Justinien, Schneider a imaginé un nouveau système, qui nous semble tout au moins aussi critiquable que la doctrine antérieure.

Suivant cet auteur, les dispositions testamentaires n'auraient été soumises aux règles de la caducité qu'autant qu'elles seraient tombées en défaillance, sans avoir été à un instant quelconque susceptibles de produire aucun effet [3]. En partant de là, il décide, quant aux legs conditionnels, que leur caducité dépend du point de savoir si la condition fera défaut avant ou après l'ou-

que dans l'autre cas il n'y a jamais eu pluralité de légataires, en ce sens que le legs n'a jamais été, quant à ses effets, attribué à plusieurs personnes, le maître acquérant immédiatement par son esclave. Aux yeux de certains jurisconsultes, il fallait alors traiter les choses comme s'il n'y avait eu qu'un légataire unique, auquel il est interdit de ne prendre qu'une portion de son legs. Telle était notamment la doctrine de Javolenus, dont le sentiment est rapporté dans la loi 40, *De legat.* 2°. Nous ne pouvons admettre avec Cujas, sur la loi 12, *De legat.* 1° (t. VII, c. 983), qu'il y eût dissentiment entre les deux écoles ; Gaïus, en effet, qui de son aveu est un disciple Sabinien, se trouve d'accord avec Proculus.— Dans tous les cas, la controverse n'aurait porté que sur le point de savoir si le legs était divisible ou non. Dans l'esprit de ceux qui excluaient la division, il est évident qu'il ne pouvait y avoir de *part* vacante. Ce qu'il nous suffit de relever, c'est que, pour les jurisconsultes qui admettaient une répudiation pour *partie*, la *répudiation* ne donnait pas ouverture à l'accroissement. Pomponius exige, en effet, une double acceptation pour l'acquisition du legs entier, ce qui serait inutile s'il y avait accroissement, puisque l'acquisition *jure adcrescendi* de la part vacante avait lieu *ipso jure*.

[1] Page 98.

[2] Page 99.

[3] Page 111.

verture du testament. Dès que l'ouverture a eu lieu, le legs conditionnel acquiert, dit-il, une certaine force, le légataire ayant droit à la *cautio legatorum*, et pouvant faire impartir à l'héritier un délai dans lequel il devra se prononcer. Pour les institutions conditionnelles, le *jus patrum* n'aurait pas pu s'exercer dès l'instant où l'héritier institué sous une condition négative potestative aurait accepté en fournissant la caution Mucienne, ou bien quand il aurait demandé la *bonorum possessio secundùm tabulas*, si la condition était d'une autre nature.— En ce qui concerne les conséquences de la répudiation, il faudrait distinguer entre les legs et les institutions. La caducité devrait être écartée en cas de répudiation d'un légataire, parce que la répudiation ne s'appliquerait qu'à un droit déjà formé, qui a produit des effets à compter de l'*apertura tabularum*. Au contraire, la répudiation d'une institution, même après l'*apertura*, laisserait place à la caducité, parce qu'alors la disposition disparaîtrait entièrement, sans jamais avoir pu produire aucun effet. Enfin, toujours fidèle à cette idée que la caducité ne peut atteindre les dispositions testamentaires susceptibles d'amener quelque résultat, Schneider refuse aux *patres* la moitié qui échappe à l'*orbus* de même que la portion dont est privé le conjoint auquel il a été laissé au delà de la quotité disponible à son profit ; et il attribue directement à l'*ærarium* le bénéfice de ces déchéances. La raison en est qu'en pareil cas il s'agit de dispositions qui, loin de ne pouvoir produire aucun effet, se trouvent maintenues en partie.

Si l'on envisage au point de vue rationnel la distinction qui sert de base à Schneider pour asseoir l'idée de la caducité, il est difficile que l'esprit en soit satisfait. Quand une disposition tombe à néant, qu'importe qu'elle ait été susceptible de produire quelques effets? Ceux-ci s'évanouissent dès que le droit échappe à son titulaire; et ce qui lui a été laissé restant désormais vacant, il y a tout autant de raison pour attribuer le bénéfice de la déchéance à ceux qui méritent la faveur de la loi que si le dépouillé n'avait jamais été à même de faire un acte quelconque en vertu de sa vocation. Aussi cherche-t-on vainement les motifs qui ont pu autoriser Schneider à introduire dans les éléments du *caducum* le caractère qu'il déclare lui être essentiel. Ulpien n'en dit pas un mot; il se contente de cette circonstance

que, pour une disposition valable *ab initio*, le gratifié ne l'ait pas recueillie (*aliqua ex causa non ceperit*), sans se demander s'il aurait pu en attendant recourir à certaine mesure provisionnelle, se comporter ou non sur quelque point comme héritier ou légataire.

Nous ne trouvons d'ailleurs rien de bien précis dans la doctrine de Schneider. Suffit-il qu'il y ait eu *possibilité* pour le gratifié de faire produire quelque effet à son droit, ou faut-il en outre que cette faculté ait été exercée, qu'elle se soit réalisée? En posant la règle dont il fait son critérium, l'auteur semble s'en tenir à une simple *possibilité*, quand même elle n'aurait pas été utilisée. C'est ainsi que l'ouverture du testament mettrait immédiatement obstacle à la caducité pour les legs conditionnels, à raison de ce que le légataire aurait *pu* dès lors faire fixer un délai à l'héritier pour se prononcer. Quant aux institutions conditionnelles, Schneider ne repousse au contraire le droit des *patres* qu'autant que l'héritier sous condition négative potestative aurait de fait accepté moyennant la caution Mucienne, ou que l'héritier sous une autre condition aurait usé du droit de demander intérimairement la *bonorum possessio secundùm tabulas*. — Comment se rendre compte de la différence qui existerait entre les effets de la répudiation suivant qu'il s'agit d'une institution ou d'un legs? Dans le premier cas, dit Schneider, la répudiation fait disparaître entièrement la disposition avant qu'elle n'ait pu produire aucun effet. Il est bien vrai que l'institué a pu obtenir un délai pour délibérer, et pourvoir dans l'intervalle à tout ce qui est urgent dans l'intérêt de la succession, au point même de réaliser dans ce but des aliénations. Mais l'auteur ne veut point voir là un mode de se conduire dépendant du titre d'héritier, et il répond fort imparfaitement à cette objection qu'il se propose, en prétendant que l'autorisation du magistrat explique seule ce qui a été fait dans l'*interim*. Vienne ensuite la répudiation, il ne restera plus rien de l'institution, bien que l'appelé ait conservé plus ou moins longtemps la faculté d'accepter. Au contraire, la répudiation d'un legs resterait sans effet, parce qu'elle anéantirait un droit déjà formé. Rien n'est plus opposé aux idées des jurisconsultes romains que cette façon d'apprécier la répudiation. A leurs yeux, le droit du légataire était *in suspenso* jusqu'à l'acceptation ou la répudiation. S'il prenait ce

dernier parti, il était censé n'avoir jamais été légataire, et son droit s'évanouissait rétroactivement comme s'il n'eût point existé. Il faut donc appliquer à la répudiation d'un legs ce que Schneider n'admet que pour la répudiation de l'hérédité.

Relativement à l'attribution que notre auteur fait directement à l'Etat de la moitié dont est privé l'*orbus* et de ce qui dépasse la quotité disponible au profit du conjoint, il serait bien surprenant que le législateur eût donné ici le premier rang à l'*ærarium*, qui, en général, ne prenait les *caduca* qu'à défaut de tout *pater*. L'appel de l'*ærarium* en dernière ligne n'était que l'application de la règle introduite par la loi Julia, et suivant laquelle l'Etat recueillait les biens *vacants*, c'est-à-dire ceux à l'égard desquels tout successeur manquait. Quand il ne se rencontrait parmi les élus du testateur aucun individu *qui liberos haberet*, la portion pour laquelle étaient exclus l'*orbus* ou le conjoint se trouvait sans successeur. Dès lors, le droit de l'Etat était ouvert, mais seulement dans ce cas : « *Ut si à privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium populus vacantia teneret.* » Il est indifférent que la déchéance n'atteigne la disposition que pour partie. On doit, *à fortiori*, appliquer aux déchéances partielles les règles de dévolution qui gouvernent les déchéances absolues. Le maintien de la disposition dans une certaine quotité n'a, en saine logique, rien d'incompatible avec la caducité. Le bon sens dit en effet que, pour tout ce qui dépasse ce qu'un gratifié peut recevoir, la libéralité doit être traitée comme elle le serait pour le tout, si elle s'adressait à une personne complétement incapable.

Schneider a fait de grands efforts, soit pour écarter les textes qui, suivant nous, font allusion aux règles de la caducité quant à la portion dont l'*orbus* est dépouillé, soit pour trouver d'autres textes sur lesquels il pût appuyer sa doctrine. Nous ne nous arrêterons pas à réfuter ses raisonnements, parce qu'ils n'ont pas fait fortune, et que nous ne connaissons aucun auteur qui s'en soit déclaré partisan. Les lois 72, *De her. instit.*, 55, § 1, *De legat.*, 2°, 43, § 2, *De cond. et dem.*, sont claires et faciles à entendre pour qui admet que la moitié ravie à l'*orbus* est soumise au *jus caduca vindicandi*, tandis que sous la plume de Schneider elles deviennent forcées et embrouillées. Le passage de Tacite, que nous avons cité tout à l'heure, devrait, suivant

Schneider, dans ces mots : « *Ut si à privilegiis parentum cessaretur*, » se rapporter à des dispositions faites au profit d'individus dépourvus d'enfants, ce qui donne à ces expressions un sens évidemment peu naturel. Enfin, le paragraphe 286, *Comment.* II de Gaïus, nous paraît très-formel en faveur du système que nous soutenons. L'explication de Schneider, d'après lequel cette portion du texte : « *Aut si nullos liberos habebunt*, » signifierait : S'il s'agit de fidéicommis laissés à des *orbi*, et non pas : S'il y a défaut de *patres* parmi les appelés, a été généralement repoussée [1].

Bornons-nous à faire honneur à Schneider d'avoir abandonné l'ancienne théorie, mais gardons-nous d'adopter celle qu'il a proposée pour la remplacer. Du reste, en Allemagne, cette nouvelle théorie n'a point trouvé faveur ; elle a été presque aussitôt attaquée par M. Huschke, qui, nous l'avons dit, a publié, en 1838, dans le recueil intitulé *Richters Jarbücher*, un article fort substantiel consacré à l'examen du livre de Schneider. C'est avec raison que ce critique a pu dire que l'auteur s'était fait une idée extrêmement compliquée et certainement fausse des *caduca*, et ajouter que de tous les cas de caducité il n'en avait saisi exactement presque aucun [2]. Suivant M. Huschke, il n'y a point de restriction à apporter au domaine de la caducité, qui embrasse toutes les défaillances postérieures au décès. L'*apertura tabularum* n'a d'autre influence que de donner aux institués la faculté de faire adition et d'assurer la transmission héréditaire des legs purs et simples ; mais elle ne fait pas obstacle à ce que la répudiation d'un héritier ou d'un légataire, de même que le décès d'un institué qui n'aurait pas accepté, ne profitent aux *patres* en créant de nouveaux *caduca*. Il faut en dire autant quand il y a défaillance de la condition, à quelque époque qu'elle survienne, proposition qui nous a paru contestable, et enfin appliquer la même règle aux legs révoqués, ce que nous ne croyons pas devoir admettre.

M. Holtius, dans ses *Lineamenta historiæ juris romani*, qui ont paru à Utrecht en 1840, s'est rangé à la même opinion. Voici comment il caractérise les *caduca*, au numéro 594 : « *Quod au-*

[1] Voyez les Institutes de Gaïus, traduites par M. Pellat. M. Lachmann propose de lire : « *Aut si nullus liberos habebit.* »

[2] Voyez p. 314 et 316.

tem propter has leges non capitur, id caducum fit, id est, in œrarium populi cadit, ET IN EADEM CAUSA EST QUOD JURE COMMUNI NON CAPITUR, *utrumque tamen si non sit jus antiquum in caducis, neque patres qui caduca vindicare possint*[1]. »

M. Walter[2] enseigne également que la caducité n'est nullement arrêtée par l'*apertura tabularum*, et qu'elle s'applique aux déchéances provenant de causes reconnues par l'ancien droit tout aussi bien qu'à celles qui ont leur source dans les lois Julia et Papia. « Est caduc d'abord, dit l'auteur, ce que le gratifié ne peut recueillir en qualité de *cœlebs* ou d'*orbus*, ou comme conjoint du testateur. Il y avait en outre caducité, quand le gratifié *répudiait*, de même quand l'institué venait à mourir sans avoir fait l'*adition* qui n'était pas possible avant l'ouverture du testament, ou bien quand le légataire mourait ou subissait une grande *capitis minutio* avant le *dies cedens*. »

On voit qu'en repoussant la doctrine qui prévalait autrefois, et en adoptant le système que nous avons développé, nous ne pouvons être taxé de proposer une innovation. Les graves autorités que nous avons citées, et auxquelles sans doute il serait possible d'en ajouter d'autres, nous enhardissent à nous écarter des idées traditionnelles accréditées en cette matière par l'ancienne jurisprudence, et encore suivies généralement de nos jours par nos commentateurs les plus estimés. Il nous reste, pour achever notre démonstration, à répondre aux objections tirées des différents textes des jurisconsultes romains qui mentionnent le droit d'accroissement comme étant toujours en vigueur nonobstant les lois caducaires. Ne faut-il pas, dira-t-on, lui faire une part? et comment expliquer la persistance du *jus adcrescendi*, si l'on n'admet l'extension que nous croyons devoir donner au *jus caduca vindicandi*?

Avant d'aborder en détail les textes assez nombreux allégués à cet égard par les anciens auteurs, nous présenterons quelques observations destinées à faciliter la solution de cette difficulté.

En premier lieu, nous ferons remarquer, en répétant ce que nous avons eu occasion de dire, qu'à l'époque de la compilation des Pandectes les règles de la caducité étaient déjà abolies, bien

[1] Voir aussi le numéro 701.

[2] Deuxième édition de son *Histoire du droit romain*, t. II, n° 649, p. 297.

que la constitution par laquelle Justinien régla à nouveau le droit d'accroissement soit postérieure à la confection des Pandectes. Ce point a, il est vrai, été contesté, et Mayer notamment [1] a fait de grands efforts pour établir que le droit introduit par les lois Julia et Papia avait subsisté, sauf les modifications apportées par les empereurs précédents, jusqu'à la promulgation de la constitution *De caducis tollendis*. Mais cette opinion nous paraît avoir été péremptoirement réfutée par Schneider [2], qui s'appuie justement sur le propre témoignage que nous fournit à cet égard Justinien, au paragraphe 6 de la constitution : *Dedit nobis...* Ce témoignage est formel pour nous apprendre que, dès ce moment, il était dans les intentions de l'empereur de tenir pour abrogés tous les principes de dévolution dérivant des lois caducaires, comme l'indiquent bien clairement ces expressions qu'on y rencontre : « *De quondam caducis.* » Sans doute, les rédacteurs de Justinien ont laissé passer dans leur œuvre plus d'un fragment qui ne peut recevoir d'explication satisfaisante qu'en se référant à la législation Papienne. Mais qui ne sait qu'un semblable reproche d'inadvertance pourrait être adressé à Tribonien et à ses collègues sur d'autres matières ? Ce qui n'est pas douteux, c'est que, dans divers passages extraits d'auteurs qui avaient entendu présenter des applications des lois caducaires, les compilateurs ont eu soin d'effacer l'indication textuelle de ces lois, qui devait se trouver dans l'original. M. Rudorff a relevé des fragments qui portent la trace d'une pareille interpolation, particulièrement la loi 5, *De vulg. et pupil.*, et la loi 29, *De liber. leg.* Nous voyons de même dans les Pandectes le moment du décès indiqué comme celui de la délation de l'hérédité ou du *dies cedens* des legs purs et simples [3]. Cependant la réforme du droit antérieur sur ces deux points semblerait devoir être datée seulement de la constitution *De cad. toll.*, si on la prend à la lettre. Ici encore, il serait facile de signaler des passages des Pandectes qui supposent en vigueur la législation pratiquée à l'époque où écrivaient les auteurs de ces fragments [4].

[1] *Das Recht der Anwachsung*, p. 186–204.

[2] § 6, p. 236. Voyez dans le même sens M. Huschke, p. 327, et M. de Vangerow, t. II, § 496, p. 332.

[3] L. 49, § 1, *De her. instit.*; l. 5, § 1, *Quando dies legat.*

[4] En ce qui concerne la nécessité de l'*apertura tabularum* pour la délation

S'il est vrai, comme nous le pensons, que l'abrogation des lois caducaires était déjà consommée lors de la rédaction des Pandectes, il ne faut point s'étonner de ce que cet ouvrage, quand il est question du droit d'accroissement, le mentionne d'une manière générale, et sans indiquer aucune restriction. On comprend, en effet, que, pour se conformer à la mission qu'ils avaient reçue, les compilateurs devaient effacer toutes les traces qui, dans les textes originaux, se référaient aux anciennes limites du *jus adcrescendi* et aux conditions sous lesquelles il était autrefois applicable.

D'un autre côté, le droit d'accroissement, bien qu'il eût perdu une grande partie de son domaine depuis la législation caducaire, était loin de n'avoir plus aucune importance pratique. Dès lors les jurisconsultes devaient s'en occuper encore et signaler les effets qu'il pouvait produire. L'utilité conservée pour le *jus adcrescendi* se présentait sous deux points de vue : d'abord, comme un bénéfice dont la faveur était applicable suivant les causes qui rendaient la disposition vacante, ou les priviléges réservés à certains gratifiés, ou bien enfin les prérogatives dont jouissaient certains testateurs ; ensuite comme une nécessité de droit, comme une règle indispensable, dont il était impossible de supprimer le jeu afin d'arriver à la répartition de l'ensemble de la succession.

Au premier point de vue, il nous suffira de rappeler ce que nous avons exposé sur la manière dont étaient traitées les dispositions qualifiées *pro non scriptis*, à l'égard desquelles, suivant l'opinion commune, le droit d'accroissement continua à fonctionner au profit de quiconque était valablement appelé à une part héréditaire ou à un legs[1]. Quant aux personnes ayant le *jus antiquum*, comme les *liberi* et les *parentes*, ce *jus antiquum* n'était, nous l'avons dit, autre chose que la persistance en leur

de l'hérédité, consultez ce que nous avons dit plus haut (1858, juillet-août, p. 312), et joignez aux textes cités en cet endroit les lois 3, § 4, *De her. instit*, 24, *De liber. leg.*, 13, § 7, *De jur. fisc.* Relativement au *dies cedens* des legs, voyez les lois 31, *De cond. et dem.*, 44, *De mort. caus. donat.*

[1] On s'explique ainsi comment Ulpien, écrivant sous l'empire des lois caducaires, attribue néanmoins, dans la loi 34, §§ 11 et 12, *De legat.* 1°, au colégataire de l'héritier qui a reçu un legs *per præceptionem* la part assignée à l'héritier. Cette part, en effet, devait être considérée *pro non scripto*, suivant la règle : *Heredi à semetipso inutiliter legatur.*

faveur du *jus adcrescendi*, lequel était l'expression des anciens principes sur la dévolution des portions en défaillance. Nous avons vu également que les priviléges accordés aux militaires mettaient en général au-dessus des incapacités légales tous ceux qui étaient gratifiés de leur part, et que, leur volonté étant le seul guide à suivre pour distribuer leur succession, on devait, à l'occasion des testaments militaires, se gouverner toujours d'après les règles du droit d'accroissement [1].

Pour comprendre le second point de vue il faut faire attention au caractère suivant, qui forme, d'après nous, l'un des traits du *jus caduca vindicandi*. Comme il s'agissait d'une faveur, d'une véritable récompense, l'attribution des *caduca* ne constituait qu'une simple faculté, dont les *patres* étaient libres de répudier l'exercice. La substitution dont la loi les dotait pouvant quelquefois être onéreuse au lieu de profiter, il y avait intérêt pour eux à ne pas invoquer la prérogative qui leur appartenait. Or, quand toutes les personnes qui auraient pu user de la *vindicatio caducorum* s'accordaient pour la repousser, force était bien de recourir au *jus adcrescendi*, puisqu'on ne pouvait laisser le défunt partie *testat*, partie *intestat*. L'accroissement subsista donc nécessairement, sinon à titre de faveur, du moins à titre de charge. C'était une conséquence inévitable de la manière dont les Romains entendaient la qualité d'héritier.

La proposition que nous soutenons sur la nature facultative du *jus caduca vindicandi* n'est pas cependant sans contradicteurs. M. Rudorff a prétendu, en s'appuyant sur la loi 53, § 1, *De acq. vel omitt. her.*, que les *caduca* étaient imposés aux *pa-*

[1] Cette particularité rend compte de la décision que donne Marcellus dans la loi 31, *De test. mil.*, où l'on trouve une application du droit d'accroissement entre deux légataires dont l'un répudie. Les compilateurs ont conservé dans ce texte la mention de la qualité de *miles* chez le testateur, circonstance qui n'était pas indifférente aux yeux du jurisconsulte. Au contraire, dans les lois 34, 35 et 36, pr. *Ad leg. Aquil.*, la même solution est reproduite comme règle générale pour tout testament, abstraction faite de la condition du défunt. Ces derniers textes, invoqués unanimement par les auteurs qui veulent restreindre le *jus caduca vindicandi*, mais dont la véritable portée originaire est expliquée par la loi 31, *De test. mil.*, nous montrent avec quelle circonspection il faut prendre les autres fragments, où le *jus adcrescendi* semblerait présenté par les anciens jurisconsultes comme formant le droit commun.

tres. Mais cette opinion a été justement combattue par Schneider[1], dont les arguments nous semblent décisifs. Comment penser, fait observer cet auteur, que ce qui était une faveur pour les *patres* pût leur préjudicier, ce qui serait arrivé si la succession étant mauvaise les *patres* qui avaient accepté leur part n'avaient pu échapper à la *caducorum vindicatio*. Supposez, ajoute-t-il, que le défunt a institué un *capax* et deux *incapaces* : le *capax* et l'un des *incapaces* acceptent, tandis que l'autre répudie ou ne vient pas à la succession pour quelque autre motif. Dans le système de M. Rudorff, le *capax* se trouvera seul grevé, et le *cœlebs* évitera une perte. Il y aura, au contraire, égalité de position, si l'on fait fonctionner le droit d'accroissement au lieu du *jus caduca vindicandi*, que le *pater* se gardera bien d'invoquer dans l'espèce. Ne savons-nous pas que pour une hérédité insolvable il n'existe pas d'incapacités ; *Legi locus non est*, dit la loi 72, *De her. instit.* Il serait, en effet, singulier de parler de *priviléges* quand il s'agit d'un dommage à faire subir à quelqu'un, et de *déchéances* quand il s'agit d'une perte à éviter. Schneider invoque encore avec raison le paragraphe 3 du fragment *De jure fisci*, qui présente évidemment l'exercice de la *caducorum vindicatio* comme une simple faculté. Le motif tiré de l'intitulé de la loi 53 disparaît en présence de ces raisons ; et cet exemple prouve, suivant la remarque de Schneider, que, s'il est souvent légitime d'argumenter de l'inscription des fragments, il ne faut pas cependant en abuser, parce que les jurisconsultes décident quelquefois des questions qui n'ont que de l'analogie avec la matière par eux traitée. — Le fragment dont nous nous occupons est un de ceux qui ont été allégués pour autoriser les restrictions apportées au *jus caduca vindicandi*. On voit qu'il peut s'expliquer sans qu'il soit besoin d'admettre aucune interpolation. Gaïus n'entendait pas parler de la *caducorum vindicatio*, puisqu'il s'exprime ainsi : « *Invitus excipit.* » C'était là, au contraire, le caractère du droit d'accroissement dont le nom est, du reste, formellement énoncé dans le texte. L'accroissement était en effet inévitable ; et il fallait bien qu'il en fût ainsi pour régler l'attribution des parts héréditaires défaillantes, quand la *caducorum vindicatio* n'était pas mise en jeu, ce qui

[1] Page 173.

devait arriver toutes les fois qu'elle eût occasionné un préjudice. Dans ce cas, il n'y avait plus, comme nous l'avons dit, des capables et des incapables. Tous ceux qui avaient accepté, *patres* ou *cœlibes*, voyaient leur part se grossir suivant les règles du *jus adcrescendi*, inhérent à leur qualité d'héritier.

Les réflexions que nous venons de présenter au sujet des parts héréditaires doivent être étendues aux legs pour lesquels il existerait plusieurs appelés. Un legs était susceptible, en effet, de s'accompagner de charges qui ne fussent point particulières à tel légataire ; et ces charges pouvant épuiser le montant du legs, elles laissaient sans intérêt la *caducorum vindicatio*, à défaut de laquelle le *jus adcrescendi* concentrait le legs entier sur la tête de l'autre légataire qui n'était pas admis à diviser la disposition.

A l'aide des observations qui précèdent, nous pourrons écarter les objections puisées dans les fragments sur lesquels l'ancienne jurisprudence avait assis la théorie qui condamnait à l'inaction le *jus caduca vindicandi*, dès qu'il y avait eu ouverture du testament. Les différents textes que nous avons à apprécier sont invoqués par Cujas, Ramos, Heineccius, Pothier.

La base principale du système que nous combattons a été prise dans la loi 53, § 1, *De adq. vel omitt. hered.*, alléguée sans exception par tous les auteurs que nous avons cités. Or, nous avons indiqué tout à l'heure le sens dans lequel elle doit être entendue. Cette loi établit sans doute que l'accroissement entre les héritiers testamentaires n'avait pas été supprimé depuis les lois caducaires. Mais nous savons qu'il en devait être ainsi, parce que c'était là une institution nécessaire pour opérer le règlement des successions. Seulement elle n'avait qu'un rôle subsidiaire ; primée par le *jus caduca vindicandi*, elle devait fonctionner indispensablement, si la prérogative des *patres*, qui était purement facultative, ne se mettait pas en mouvement [1].

[1] Heineccius, en particulier, liv. III, ch. IX, p. 435, se fonde sur la loi 26, § 1, *De cond. et dem.*, qui lui a paru contenir un argument en faveur de son système propre, la durée du *jus caduca vindicandi* jusqu'à ce qu'il y ait adition faite par l'un des institués. L'accroissement dont parle ce texte, à l'occasion d'une institution conditionnelle, peut, nous le croyons, être admis comme règle à l'égard des dispositions de cette nature, suivant ce que nous avons dit plus haut (1858, juillet-août, p. 331 et suiv.). En supposant même que la défaillance de la condition dût donner ou-

Une explication analogue nous rendra compte des diverses décisions qui font application de l'accroissement entre les ayant droit à la *bonorum possessio*. — Voyez à ce sujet les lois 3, § 9, l. 4, l. 5, *De bon. poss.*, et l. 2, § 8, *De bon. poss. sec. tab.* — La *bonorum possessio* était l'image de l'hérédité, et il n'est pas douteux que les règles qui, d'après les lois Julia et Papia, déterminaient les privilèges ou les incapacités quant à l'hérédité ne s'étendissent à la *bonorum possessio*. C'est en ce sens que Paul, dans son livre IV *Ad legem Juliam et Papiam*, l. 138, *De verb. sign.*, s'exprime ainsi : « *Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur.* » De même, Ulpien, l. 12, § 1, *De bon. poss.*, pose le principe suivant : « *Ubicunque lex, vel senatus, vel constitutio capere hereditatem prohibet, et bonorum possessio cessat.* » La *bonorum possessio*, comme l'hérédité, pouvait se présenter *ab intestat* ou à la suite d'un testament. Dans la première hypothèse, il n'y a pas difficulté d'admettre que l'accroissement fonctionnât sans aucune distinction, puisque les anciennes règles avaient été conservées à l'égard des successions *ab intestat ;* et peut-être est-ce le seul cas qu'avaient en vue les auteurs des premières lois que nous avons citées. Quand il s'agissait au contraire de *bonorum possessio* en vertu d'un testament, ce qui est notamment l'espèce prévue par la loi 2, § 8, il ne devait y avoir place à l'accroissement qu'autant qu'il n'était pas empêché par l'exercice du droit privilégié des *patres*. Les jurisconsultes, en parlant de l'accroissement, n'avaient pas besoin de mentionner des restrictions qui étaient bien connues, ou bien

verture au droit des *patres*, il faudrait sous-entendre dans la pensée du jurisconsulte que cette prérogative n'est pas exercée. L'intention de Julien était de faire observer que l'accroissement, *dans les hypothèses où il était possible*, n'opérait pas seulement vis-à-vis de l'institué de son vivant, mais qu'il était également applicable après son décès vis-à-vis de ses représentants. Quant à ces derniers mots : « *Si tamen hereditas ejus adita fuerit*, » qu'Heineccius présente comme une consécration de son système, et que M. d'Hautuille entend de la même façon, il est clair pour nous que ces auteurs se sont trompés sur l'interprétation que ces mots doivent recevoir. Il ne s'agit pas de l'adition de l'hérédité laissée par celui qui a fait l'institution conditionnelle, mais bien de celle laissée par l'héritier institué purement et simplement. Le jurisconsulte veut dire qu'un héritier ne peut prendre *jure adcrescendi* la part que son auteur aurait recueillie lui-même, s'il était encore vivant, qu'autant qu'il a commencé par accepter la succession de son auteur.

les compilateurs ont effacé la mention de ces restrictions qui n'avaient plus d'application. On peut d'ailleurs conjecturer que la loi 2, § 8, a trait à une succession suspecte, puisque le co-institué et son substitué s'accordent à répudier. Il faudra bien, en pareil cas, que celui qui a réclamé seul la *bonorum possessio* prenne la succession entière, faute de tout concurrent.

Cette utilité de l'accroissement, comme ressource extrême à l'occasion des hérédités suspectes, se laisse encore pressentir dans la loi 52, § 1, *Ad senat.-cons. Trebel.*, qui a été également alléguée à l'appui de la thèse d'après laquelle les parts répudiées seraient immédiatement soumises au *jus adcrescendi*. Papinien suppose d'abord que des deux institués ni l'un ni l'autre ne se soucie de faire adition, ce qui donne à entendre que l'adition offre des dangers. Dans ce cas, le fidéicommis de l'hérédité restera inexécuté. Mais si l'héritier chargé de l'affranchissement, ajoute le jurisconsulte, prend parti et se prononce pour la répudiation, de façon que sa part soit dévolue à l'autre héritier grevé du fidéicommis de l'hérédité (*cum portio ejus ad alterum pervenerit*), celui-ci pourra être contraint à faire adition ; peu importe de quelle manière la dette de la liberté et celle de l'hérédité se trouvent ramenées à la charge de la même personne. — Il serait certainement téméraire de vouloir induire de ce texte une règle générale sur les conséquences de la répudiation. Elle peut sans doute avoir pour effet d'attribuer la totalité au cohéritier qui ne serait point *pater* ; mais ce n'est pas là un résultat qui doive se produire infailliblement. Papinien met sur la même ligne la répudiation et la défaillance de la condition. Nos adversaires cependant reconnaissent que cette dernière hypothèse devait donner ouverture à la caducité. Dans leur opinion, Papinien doit supposer l'absence de toute personne qui exerce la *caducorum vindicatio*. Pourquoi ne ferions-nous pas la même supposition pour le cas de répudiation ?

Tout fragment, dans lequel on a trouvé énoncée la réunion de deux parts héréditaires dans les mêmes mains à la suite d'une répudiation, a paru bon pour démontrer que la caducité n'atteignait point les parts répudiées. Cet argument serait fondé, si la question traitée dans le texte était de savoir ce que deviendrait la part non acceptée. Mais, quand le point à résoudre est tout

différent, il n'y a rien à induire de ce fait que les deux parts sont prises par l'autre institué, puisqu'il peut les réunir, soit comme *pater*, soit comme jouissant du *jus antiquum*. Ainsi, la loi 61, *De legat.*, 2°, dont on a voulu tirer parti, a pour but d'établir que, quand le testateur a entendu grever d'un legs une part héréditaire, abstraction faite de l'individualité de celui qui la recueillerait (*quisquis heres esset*), c'est une charge qui doit incomber à quiconque prendra cette part si l'institué originaire ne fait pas adition. Tel est le fond de ce texte ; et il est indifférent que celui qui profite de la répudiation soit précisément le cohéritier, ce qui devait arriver souvent, parce que ordinairement ce sera un *pater* excluant à titre d'héritier le *jus caduca vindicandi* des légataires ou de l'*ærarium*.

C'est bien à tort, suivant nous, que, pour étayer leur doctrine sur le maintien du droit d'accroissement postérieurement à l'*apertura tabularum* à l'exclusion du *jus caduca vindicandi*, les auteurs ont invoqué les décisions relatives à la réunion de plusieurs parts qui pouvaient, pour des motifs différents, se trouver dévolues à la même personne. C'est ce qui arrivait, soit que le même titulaire eût été appelé à diverses parts, mais pour l'une purement et simplement, pour l'autre conditionnellement, soit qu'à côté d'une institution qui s'adressait à lui directement il s'en rencontrât une autre au profit d'une personne placée sous sa puissance. La règle qui paraît avoir prévalu, tant à l'occasion des institutions que des legs, paraît être qu'il y avait impossibilité de diviser, comme s'il s'agissait d'une disposition unique ; mais cette règle cependant n'aurait pas été admise, pour tous les cas du moins, sans contradiction. Sans doute, quelques fragments, tels que les lois 35, pr., et 67, *De acq. vel omit. hered.*, emploient l'expression *adcrescere* pour indiquer la réunion nécessaire des différentes parts. Mais il est à peine besoin de faire observer qu'il s'agit ici de tout autre chose que du *jus adcrescendi* proprement dit, qui pourrait être invoqué par tous les autres appelés, s'il y avait effectivement une part vacante. L'accroissement ne s'opère en pareil cas qu'à l'égard d'un seul, par suite de cette idée que les libéralités testamentaires sont indivisibles, et qu'elles doivent être prises ou répudiées pour le tout.

L'hypothèse la plus simple est celle où le même individu se trouve institué pour des parts distinctes. Paul, dans la loi 80, pr., *De acq. vel omitt. hered.*, exprime très-nettement cette proposition que l'institué n'est pas libre d'omettre une part, soit qu'il ait des cohéritiers ou non, soit qu'il existe ou non des substitués pour certaines parts. Un seul acte d'adition, dit le jurisconsulte, suffit pour faire acquérir toutes les parts, pourvu qu'elles soient *déférées*, « *si tamen delatæ sunt.* » En supposant donc qu'une part eût été laissée sous condition, et que la condition fût encore pendante, ce qui empêcherait la délation, l'adition resterait inefficace quant à cette part. L'institué vient-il à mourir avant l'arrivée de la condition, il ne transmettra point à ses héritiers un droit exclusif à cette part qui ne lui a jamais été déférée [1], sauf l'application du *jus adcrescendi*, qui, d'après nous, devrait s'appliquer aux institutions conditionnelles en défaillance, ainsi que le prouve la loi 59, § 6, *De her. inst.*, que nous avons déjà citée.

Nous pensons qu'il faut traiter de la même manière le cas où un institué purement et simplement pour partie serait appelé conditionnellement à une autre part en vertu d'une substitution.

[1] Cette décision n'est pas contrariée par la loi 53, pr., *De acq. vel omit. hered.*, qui, au premier abord, semble admettre d'une façon absolue la transmission aux héritiers de l'institué de la part pour laquelle leur auteur était institué conditionnellement, quand celui-ci de son vivant a fait adition d'une autre part à lui laissée sans condition. Nous admettons l'opinion la plus commune, suivant laquelle ce texte doit se restreindre au cas où il n'y aurait pas d'autre institué, et ne serait que la répétition de la doctrine enseignée par Marcellus dans le fragment qui précède immédiatement, l. 52, § 1. Nous ne sommes pas touché de l'objection soulevée contre cette interprétation par Mühlenbruch, t. XLIII, § 1496, p. 151, et tirée de ce que Gaïus ferait dépendre l'acquisition de l'accomplissement de la condition. Le jurisconsulte veut dire seulement qu'il est indifférent que la condition ne se réalise qu'*après* le décès de l'institué, « *posteaque conditio extiterit.* » Nous rejetons, avec Mühlenbruch, l'opinion qui voit dans ce texte une application du principe de la *caducorum vindicatio*, d'après laquelle les héritiers du *pater* auraient pu exercer la *vindicatio* même quand la défaillance ne se serait produite qu'après son décès. Quant à la solution donnée par Mühlenbruch, qui essaye de justifier la transmission en imaginant une espèce particulière, l'hypothèse à laquelle il s'arrête n'enlève pas à la part en question le caractère conditionnel; et dès lors la transmission est inconciliable avec les règles constantes sur les effets des institutions conditionnelles. Voyez dans le même sens la loi 81, *De acq. vel omit. hered.*

L'assimilation est faite formellement par Paul dans la loi 1, § 13, *Ad leg. Falcid.*; et par conséquent, s'il est impossible de séparer deux parts laissées au premier degré, l'une purement, l'autre sous condition, il faut en dire autant pour deux parts laissées à des degrés différents. Nous ne saurions, dès lors, admettre une opinion assez répandue, d'après laquelle l'un des points qui distingueraient la substitution réciproque de l'accroissement consisterait dans la faculté accordée à l'héritier qui a fait adition de l'institution au premier degré de profiter ou non de la substitution, tandis que l'accroissement serait inévitable. Cette distinction nous paraît absolument condamnée par les lois 35, pr., et 76, pr., *De acq. vel omitt. hered.*, de même que par la loi 6 C., *De impub. et al.* La loi 76, pr., dit fort clairement qu'un seul acte d'adition suffit, et que peu importe qu'il s'applique à l'une ou à l'autre part. Néanmoins, la même loi 76, § 1, est ordinairement invoquée pour justifier la possibilité d'une division; et, suivant M. de Vangerow, t. II, § 451, note 3, il en serait effectivement ainsi, mais seulement alors que la substitution ne concerne qu'un seul des héritiers. Il nous est difficile d'apercevoir un motif de différence entre les deux hypothèses. Remarquons que ce dernier texte appartient à Javolenus, le même qui vient de dire : « *Cum ab utraque causa una aditio sufficiat.* » Le sens de la réponse du jurisconsulte nous paraît être celui-ci : quand les choses sont encore entières, quand l'héritier ne s'est prononcé ni sur l'institution, ni sur la substitution, « *si prima institutione adeundo heres esse possum*, » il peut prendre parti à son gré soit pour l'une, soit pour l'autre part, sans qu'il y ait un ordre à observer. Il acceptera ou répudiera la part qu'il voudra; mais sa décision quant à l'une fera la règle relativement à l'autre.

Dans l'hypothèse où les deux parts n'étaient pas directement attribuées à une seule personne, mais venaient en définitive converger dans les mêmes mains, à raison d'un droit de puissance existant au profit de l'un des appelés sur l'autre, la question de savoir s'il y avait séparation possible exigerait des distinctions dont le développement nous mènerait trop loin. Ainsi, quand un maître et son esclave étaient co-institués, le maître, en donnant ordre à son esclave de faire adition, acquérait en même temps sa propre part, suivant la loi 26, *De acq. vel omit. hered.*, tandis qu'en faisant adition pour son compte, il n'acquérait point

la part laissée à l'esclave, l. 36, *eod. tit.* — Si le maître avait fait faire adition à son esclave d'une part laissée purement et simplement, et qu'une autre part laissée conditionnellement vînt ensuite à être déférée quand le lien de puissance avait cessé, une nouvelle adition était nécessaire, l. 35, pr., l. 80, §§ 2 et 3, *De acq. vel omit. hered.* Mühlenbruch, t. XXXVIII, § 1437, p. 216, va même jusqu'à soutenir que les deux parts doivent appartenir à l'affranchi. — C'est un esclave commun à plusieurs qui a été institué. Si un seul des maîtres donne ordre de faire adition, tandis que les autres s'y refusent, le premier recueillera seul le bénéfice total de l'institution, l. 67, *De acq. vel omit. hered.* Javolenus admettait la même décision à l'occasion d'un legs fait à un esclave commun, comme on le voit dans la loi 40, *De legat.* 2°, tandis que Celse, se conformant à l'avis de Proculus, était d'une opinion contraire, ainsi que l'atteste la loi 20, *eod. tit.* L'existence de débats à cet égard entre les jurisconsultes est confirmée par le paragraphe 75 des *Vat. Fragm.* Mais, en empruntant à Ulpien la remarque qu'il fait dans ce passage, nous dirons que l'accroissement est tout à fait ici hors de cause. La question qui s'agitait était de savoir s'il fallait distinguer diverses dispositions ou s'il n'en fallait voir qu'une seule [1]; et l'on conçoit que la controverse qui régnait sur ce point ne peut être d'aucune importance pour la théorie que nous discutons.

Pour écarter la *caducorum vindicatio* à l'occasion des legs qui défaillaient après l'*apertura tabularum*, notamment s'il y avait répudiation, les anciens auteurs s'appuient sur les textes que nous avons précédemment indiqués, p. 439, note 1, savoir les lois 17, §§ 1, 34, 35, 36, pr., *Ad leg. Aquil.*, ainsi que sur les lois 15, *De reb. dub.*, 2, *De manum.*, 3, *De manum. vind.* Tous ces textes s'accordent à déclarer que la répudiation de la part du légataire *conjunctus* assure le legs entier à son colégataire, qui sera censé avoir toujours été seul propriétaire, et qu'en cas de répudiation de la part d'un légataire unique, c'est l'héritier qui bénéficie de la répudiation par suite de laquelle il est considéré comme ayant été, dès l'adition, propriétaire de l'objet lé-

[1] Voyez ce que nous avons dit plus haut, p. 430, note 1.

gué. Ces deux propositions qui ne sont, dit-on, que l'application du *jus antiquum*, ne permettent pas de penser qu'il y eût place à la prérogative des *patres*. A ces arguments, Schneider, que nous avons ici pour adversaire, en a ajouté de nouveaux, qu'il puise dans les paragraphes 77 et 84 des *Vat. Fragm.*

Le premier de ces paragraphes n'a, selon nous, aucune portée. Il a pour but d'établir une différence qui séparait les règles de l'accroissement, suivant qu'il s'agissait d'un legs d'usufruit ou d'un legs de propriété. En matière d'usufruit, le colégataire survivant recueillait encore *jure adcrescendi* quand son rival venait à mourir après avoir joui plus ou moins longtemps, tandis qu'il en était autrement alors que le legs portait sur un *fundus*. Cette extension donnée à l'accroissement quant à l'usufruit n'avait pas lieu à l'égard du legs de la propriété. Mais la distinction faite à ce point de vue entre les deux cas n'entraîne pas nécessairement l'idée que, à part cette différence, il doive toujours y avoir lieu à l'accroissement pour les colégataires d'un *fundus* partout où il s'exercerait pour les légataires d'un *ususfructus*. Il suffit, pour qu'il soit permis d'établir une comparaison entre les deux hypothèses, que l'accroissement soit possible, même pour les legs de propriété ; et nous avons déjà signalé dans quelles circonstances il s'appliquait encore postérieurement aux lois Julia et Papia. Remarquons d'ailleurs que, sous l'empire de ces lois, la répudiation de l'un des colégataires profitait en général à son colégataire, sinon *jure adcrescendi*, du moins *jure caduca vindicandi*, puisque le *pater* appelé en première ligne était précisément le colégataire *conjunctus re et verbis*, ou même *verbis tantum*. Il n'était donc pas inexact de dire que pour un *fundus* légué à deux personnes, la répudiation de l'un assurerait la chose entière au colégataire. Seulement, l'espérance de ce bénéfice se trouvait perdue dès qu'il y avait concours réalisé ; l'expectative d'un droit de survivance était une particularité du legs d'usufruit.

Quant au paragraphe 84, il est facile d'y reconnaître la même décision que celle qui fait l'objet de la loi 31, *De test. mil.* [1]. Or,

[1] Les deux passages sont indiqués comme extraits du Digeste de Marcellus. Seulement le rédacteur des *Vat. Fragm.* renvoie au livre XII, tandis que les compilateurs des Pandectes auraient puisé dans le livre XIII. Il est bien vraisemblable que la source est la même, et qu'il y a d'une part ou d'autre erreur de citation.

déjà nous avons fait observer que l'auteur de la loi 31 se plaçait en présence d'un testament militaire pour lequel, nous le savons, la caducité était écartée. Aussi Marcellus, dans le texte original, avait-il eu soin de faire observer qu'en pareil cas le colégataire jouissait du *jus antiquum*, sans avoir à craindre le privilége des *patres*, ce qu'il indique par ces mots : « *ubi non fit caducum*, » mots qui ont disparu sous la plume de Tribonien. Schneider cependant interprète tout différemment la remarque de Marcellus, et il veut y trouver une règle générale qui énonce l'exclusion de la caducité à la suite d'une répudiation de legs. Cette interprétation est condamnée par le texte des Pandectes (l. 31, *De test. mil.*), qui nous a conservé l'espèce prévue par le jurisconsulte, espèce qui était celle d'un testament militaire. Supposez même qu'il s'agisse d'un testament ordinaire. Ne sera-t-il pas vrai, habituellement, que la répudiation du légataire *conjunctus* profitera à son colégataire? Ce dernier, en effet, s'il était *pater*, primait les héritiers; et, par suite, la décision d'Ulpien, dans la loi 17, § 1, *Ad leg. Aquil.*, ne contient rien qui ne fût applicable sous les lois caducaires.

Il ne faut pas non plus s'étonner de voir les anciens jurisconsultes dire que les héritiers recueilleront le profit de la répudiation émanée de la part d'un légataire unique, comme l'indiquent les lois 15, *De reb. dub.*, 2, *De manum.*, etc. Quand tout légataire conjoint faisait défaut, c'étaient les héritiers qui étaient d'abord appelés (Gaïus, II, 207) s'ils étaient *patres*, ou s'ils avaient le *jus antiquum*, de sorte qu'en fait les héritiers devaient le plus souvent, de même que sous les anciens principes, bénéficier de la répudiation du légataire. L'attention des jurisconsultes se porte uniquement sur l'effet rétroactif de cette répudiation, qui sera de faire considérer la propriété de la chose léguée comme ayant appartenu dès l'origine à celui, quel qu'il soit, qui prend la place de légataire. Ce profit revenant habituellement à l'héritier, c'était naturellement par rapport à lui qu'il était convenable d'exprimer les conséquences de la répudiation. Quelquefois sans doute il en pouvait être autrement; mais nous répétons que les rédacteurs de Justinien ont effacé toutes les restrictions qui n'avaient plus de valeur à leur époque, et qui peut-être étaient mentionnées dans les écrits qu'ils compilaient. Aussi, quand on se reporte aux ouvrages originaux qui

nous sont restés de Gaïus et d'Ulpien, et qui présentent la caducité comme ayant remplacé généralement le *jus adcrescendi*, on reste convaincu qu'il n'y a aucune objection sérieuse à tirer des divers passages des Pandectes, où les traces du *jus caduca vindicandi* ont dû disparaître pour mettre les anciens auteurs en harmonie avec le droit du sixième siècle.

Résumons la théorie que nous avons établie, en supposant un testament qui donne lieu à l'application des diverses règles introduites par les lois Julia et Papia. Un citoyen meurt, ayant institué pour diverses parties : 1° Primus, son fils, qui a le *jus antiquum*, quoique non marié et sans enfants; 2° Secundus, qui est *pater*, et qui jouit du *jus caduca vindicandi;* 3° Tertius, son cognat, qui, bien que célibataire, a la *solidi capacitas;* 4° Quartus, qui est *orbus*, et qui ne peut recueillir que moitié ; 5° Quinta, sa femme, de laquelle il n'a pas d'enfants, et qui, n'en ayant pas eu d'un précédent mariage, n'a droit qu'à une seule *decima;* 6° Sextus, qui est *cœlebs non exceptus,* et qui dès lors ne peut rien prendre, s'il ne purge son incapacité ; 7° Septimus, qui était *peregrinus* lors de la confection du testament, et dont l'institution doit être tenue *pro non scripta ;* 8° Octavus, qui, capable d'ailleurs, vient à mourir avant le testateur ; 9° enfin, Nonus, qui est institué sous une condition qui défaillera soit du vivant du testateur, soit après son décès. Sur ces neuf institutions, il y en a deux qui sont réductibles, celle de l'*orbus*, qui ne doit prendre que moitié de ce qui lui est laissé, et celle du conjoint, dans le cas où elle dépasserait le dixième de la succession. Il y en a quatre qui se trouvent en défaillance complète, celle de l'*orbus* non excepté, celle du *peregrinus*, celle de l'institué qui a prédécédé le testateur, et celle de l'héritier institué sous une condition qui viendra à manquer. Enfin, trois institutions restent intactes, celle du fils, celle du *pater*, et celle du cognat excepté.

Le profit des diverses réductions ou défaillances ne doit pas absolument être réglé de la même manière. Quant à la part du *peregrinus*, réputée non écrite, elle sera distribuée *pro partibus hereditariis* entre tous les héritiers institués utilement ; le cognat *cœlebs* y participera dans la mesure totale de son institution, l'*orbus* n'y concourra que pour la moitié de la sienne [1]. Le fils

[1] Le conjoint lui-même serait appelé, s'il restait quelque chose de libre

du testateur et l'héritier *pater* figureront dans la répartition non-seulement d'après l'importance de leur institution directe, mais encore à raison de l'accroissement qu'elle éprouve par suite de l'attribution qui leur est faite des parts caduques ou *in causa caduci* [1]. On peut soutenir qu'il en devait être de même pour la part laissée conditionnellement, si l'on admet que cette hypothèse rentre dans les dispositions tenues pour non écrites; si on la traite, au contraire, comme *caduque*, on devra appliquer les mêmes règles qu'à l'égard de l'institution du *cœlebs non exceptus* et de celle de l'héritier qui a prédécédé le testateur. Pour ces deux parts qui constituent des *caduca* ou *quasi caduca*, le *solidi capax* et l'*orbus* seront entièrement écartés; le concours ne s'établira qu'entre le fils, qui a conservé le *jus antiquum*, et l'héritier *pater* doté de la *caducorum vindicatio*. C'est au profit des mêmes personnes exclusivement que s'opérera le retranchement auquel sont soumis l'*orbus* pour moitié, le conjoint pour ce qui excède le dixième. Rappelons-nous qu'Ulpien, en qualifiant ce *jus antiquum*, l'applique précisément aux *caduca*, et qu'il embrasse, nous a-t-il dit, tout ce qui n'est pas pris par les appelés (*quod quis ex eo testamento non capit*). Le conflit que nous admettons entre le *jus antiquum* et le *jus caduca vindicandi* n'est qu'une conséquence de la portée générale que nous donnons à la caducité. Celle-ci s'étend, à nos yeux, à toutes les dispositions valables *ab initio*, mais perdant ensuite leur force pour une cause quelconque. D'un autre côté, les anciens principes, le *jus antiquum*, autorisaient les héritiers capables à profiter de l'exclusion de tous les incapables, de sorte que ceux qui ont conservé cette position ont dû en user plus largement à mesure que les incapacités se sont multipliées. Les deux priviléges doivent donc se rencontrer en lutte l'un avec l'autre, puisqu'ils ont le même domaine.

Le résultat de cette lutte sera d'amener entre les deux privilégiés une division *pro partibus hereditariis*. Toutefois, le *jus antiquum*, qui n'est que le *jus adcrescendi*, sera forcé, tandis que la *caducorum vindicatio* reste facultative. En cas de refus du *pater* institué, les *legatarii patres*, s'il en existe, prendront sa place, et

sur la quotité disponible à son profit, parce que son institution serait inférieure à un dixième.

[1] Voyez l. 5, *De vulg. et pupil. subst.*

à leur défaut viendra l'*ærarium*, plus tard le *fiscus*[1]. D'un autre côté, le droit du fils, même après sa mort, passera à ses héritiers, suivant la règle : « *Portio portioni adcrescit.* » Quant à la prérogative du *pater*, la même extension peut être révoquée en doute, dans le cas où il ne survit point aux défaillances qui produisent des *caduca*. Les textes à notre connaissance sont muets à cet égard ; mais si l'on admet, comme nous l'avons fait, que la *caducorum vindicatio* consiste en une substitution légale, tout droit de survivance au profit des héritiers devra être écarté. Enfin, le *jus antiquum* a joui jusqu'au temps de Sévère et d'Ulpien d'une exemption des *onera*, qui se transmettaient au contraire à celui qui *caduca vindicabat*. L'égalité de position entre le descendant qui avait retenu le *jus antiquum*, et le *pater* doté du *jus caduca vindicandi*, pourra être rompue, si l'un d'eux se trouvait *conjunctus* avec le défaillant. La préférence qu'assure la *conjunctio* nous a paru soumise aux mêmes règles, qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre des priviléges. A défaut de *conjunctio*, on pourrait être tenté de donner le pas au *pater*, en alléguant qu'il est substitué légalement pour tout ce qui est caduc, tandis que le descendant ne peut invoquer le *jus adcrescendi* qu'autant qu'il y a une part vacante, de manière à empêcher que le défunt ne meure partie *testat*, partie *intestat*. La vacance, dira-t-on, n'existe pas, grâce à la substitution qui est écrite dans la loi en faveur du *pater ;* mais cette manière de raisonner serait en contradiction avec la portée que nous avons assignée au *jus antiquum*, qui s'exerce précisément sur les *caduca* et qui balance le privilége des *patres*. Nous estimons, par conséquent, qu'il faut mettre sur la même ligne, quant au droit de recueillir les parts héréditaires laissées à des institués non conjoints, les deux prérogatives reconnues par les lois Julia et Papia : celle du *jus antiquum* et celle de la *caducorum vindicatio*[2].

Si dans le même testament il se rencontrait des legs pour lesquels le titulaire venait à défaillir, il fallait encore distinguer la

[1] Si l'hérédité était insolvable, l'accroissement serait une charge qui incomberait soit au *solidi capax*, soit au *cœlebs non exceptus*, soit à l'*orbus*. L. 72, *De her. inst.*

[2] Nous abandonnons, après mûr examen, l'opinion contraire que nous avions précédemment énoncée, cinquième livraison de 1857, p. 425.

cause pour laquelle la disposition manquait son effet. Se trouvait-on dans l'un des cas où l'on disait que le legs était *pro non scripto*, toute idée de privilége était écartée. La dévolution se faisait d'après les anciennes règles, c'est-à-dire que le bénéfice de la défaillance profitait au colégataire conjoint, s'il en existait, suivant les principes du droit d'accroissement; sinon, l'héritier grevé de la prestation en était déchargé, sans distinguer s'il avait le *jus antiquum*, s'il était *pater*, ou simplement *solidi capax*. Le legs était-il, au contraire, *in causa caduci* ou *caducum*, il y avait lieu d'en attribuer le montant en première ligne aux *collegatarii conjuncti* qui jouissaient du *jus patrum*, puisque ceux-ci, comme nous l'a appris Gaïus, II, § 207, primaient les héritiers. Il faut seulement se rappeler de quelle manière était entendue la *conjunctio* entre légataires quant à l'application des lois caducaires. A défaut de *collegatarii patres*, la caducité opérait, nous l'avons vu, en faveur des héritiers *qui liberos habebant*, avant qu'il ne fût fait appel aux légataires *patres* non conjoints. Sur ce point, la prérogative de l'héritier *pater* ne nous paraît pas devoir être restreinte par la présence d'un héritier ayant le *jus antiquum*, en ce sens du moins que ce dernier ne saurait prétendre participer d'une manière générale à cet avantage. Tout au plus le *jus antiquum* peut-il faire obstacle à la *caducorum vindicatio* quant à la portion du legs qui serait à la charge de l'héritier ayant le *jus antiquum*. Ce dégrèvement, en effet, était la règle naturelle suivie dans l'ancienne législation. Mais, en dehors de ce dégrèvement, et pour tout ce qui est étranger à la part héréditaire du cohéritier doué du *jus antiquum*, les héritiers *patres* pourront exercer la *caducorum vindicatio* sans avoir à craindre la rivalité des ascendants ou descendants du testateur qui auraient été institués.

En suivant l'idée d'une substitution légale dont nous avons plusieurs fois parlé, on doit dire que celui qui recueillait un legs caduc, prenant la place du titulaire auquel la disposition échappait, n'avait d'autres actions que celui-ci, et dès lors qu'il ne pouvait recourir à une action réelle, à une *vindicatio* proprement dite, qu'autant que celui auquel il se trouvait substitué eût pu le faire lui-même. Telle est l'opinion exprimée par M. Rudorff, p. 408. Suivant Schneider, p. 136, au contraire, il y aurait

toujours lieu à une *vindicatio*, si l'objet du legs, bien entendu, s'y prêtait ; et cela alors même que le legs n'aurait été laissé que *per damnationem*. L'auteur invoque en faveur de ce système les expressions usitées : *caducorum vindicatio*. Nous croyons que c'est là prendre trop à la lettre une locution qui servait à désigner d'une manière générale une prérogative dont le résultat était souvent de procurer une action réelle, mais seulement quand il avait été dans la pensée du testateur d'autoriser une pareille action. Il est vrai qu'aux yeux de Schneider, celui *qui caducum vindicat* ne succède pas à l'appelé direct, mais bien au testateur lui-même dont il aurait tous les droits. Ce point de vue nous paraît forcé, et en contradiction d'ailleurs avec la nécessité de subir les *onera* qui accompagnait l'exercice de la *caducorum vindicatio*. Aussi approuvons-nous la critique contenue à cet égard dans le travail de M. Huschke, p. 317. Nous dirons aussi que, s'il s'agissait de la caducité d'une part héréditaire pour laquelle l'appelé n'aurait droit qu'à une *bonorum possessio*, le *pater* qui la recueillerait devrait être réduit aux voies du droit prétorien, tandis que Schneider va jusqu'à lui accorder la pétition d'hérédité civile.

MACHELARD,
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

(*La suite au prochain numéro.*)

ÉTUDE

SUR LA LÉGISLATION DE MAHOMET.

« Le Coran n'est point, dit Voltaire, un livre historique dans lequel on ait voulu imiter les livres des Hébreux et nos Évangiles; ce n'est pas non plus un livre purement de lois comme le Lévitique ou le Deutéronome, ni un recueil de psaumes et de cantiques, ni une vision prophétique et allégorique dans le goût de l'Apocalypse. C'est un mélange de tous ces genres divers, un assemblage de sermons, dans lesquels on trouve quelques faits, quelques visions, des révélations, des lois religieuses et civiles. » C'est surtout sous ce dernier aspect que nous avons étudié ce livre sacré depuis douze siècles pour une portion du monde, et aujourd'hui le code de plus de deux cents millions d'hommes; mais nous n'avons pu séparer complétement les dispositions législatives des lois religieuses et morales ; il y a entre ces matières un lien trop étroit qui les unit entre elles, comme l'effet à la cause, pour qu'il soit possible de les détacher complétement et de les traiter à part. Ce lien existe toujours, mais plus fortement encore dans l'œuvre d'un réformateur qui procède, comme Mahomet, par voie de révélation divine. Nous ne pouvions le méconnaître, et quel qu'ait été notre désir de ne point parler ici des principes dogmatiques et moraux de l'islamisme, au sujet desquels tant d'écrits ont été déjà publiés, nous serons contraint par la force des choses d'en dire quelques mots, nécessaires à l'explication des dispositions législatives qui font l'objet de ce travail. Qu'on ne se méprenne pas sur la portée que nous voulons lui donner : nous avons lu le Coran, et, par suite de la direction spéciale que nous avons donnée à nos études, nous avons été entraîné involontairement à insister de préférence sur les parties de ce livre, sur les versets des souras, qui, réunis en faisceaux, peuvent être considérés, si l'on veut, comme formant la législation de Mahomet. Nous avons essayé, en rappro-

chant les uns des autres les fragments qui nous paraissaient avoir trait à un même sujet juridique, de composer un ensemble, et de fixer sur ce sujet la doctrine du Prophète. Ce n'est pas que nous ayons eu la prétention de faire sortir du Coran, comme une Minerve armée de toutes pièces du cerveau de Jupiter, un code complet, réglant tous les rapports des hommes avec les hommes et des hommes avec les choses ; mais beaucoup de ces rapports, particulièrement les rapports des hommes entre eux, ont été l'objet de nombreuses révélations dont Mahomet se fait l'interprète auprès du peuple arabe, quelquefois dans le langage impératif du législateur, quelquefois dans le langage mystique du prophète : ces dispositions du Coran, quelque petit que soit leur nombre relativement à celui des matières auxquelles la prévoyance d'un législateur doit s'étendre, n'en sont pas moins restées les bases de la jurisprudence musulmane, et, de nos jours encore, les décisions des tribunaux ottomans s'appuient sur les textes de ce livre sacré. Pouvait-il en être autrement ? Pour un musulman, ces textes sont les paroles de Dieu même ; où puiser une plus saine justice que dans les révélations de celui qui est « le juste par excellence ? »

Ce n'est pas à dire que l'œuvre de Mahomet soit le seul élément de la science du droit musulman ; c'en est l'élément fondamental, la pierre d'assise inébranlable, éternelle, comme le Dieu qui l'a posée ; sur cette base a été édifiée, par les jurisconsultes, une œuvre plus savante et plus complète. Mais ce travail s'est fait lentement, avec timidité, au fur et mesure que des rapports nouveaux se produisant demandaient à être réglementés par de nouvelles dispositions et seulement par voie d'interprétation. Le Coran d'ailleurs se prêtait merveilleusement par la forme pleine de vague et de mysticité de ses versets à ce travail, auquel se sont livrés avec ardeur les *mudjtehid* [1]. Dieu d'ailleurs n'avait-il pas dit : « Nous n'avons rien omis dans le livre, » et encore : « Nous l'avons envoyé, ce livre, pour tout éclaircir. » Il n'en fallait pas davantage pour légitimer leur zèle ; s'appuyant, d'une part, sur le Coran, de l'autre, sur le Sunnet, ou recueil des traditions que Mahomet, en sa qualité de médiateur inspiré entre

[1] On appelle ainsi ceux qui ont atteint l'ijtihad, c'est-à-dire une science telle que leur opinion fait autorité. Les musulmans distinguent plusieurs degrés dans l'idjtihad.

Dieu et les hommes, avait transmis à ses compagnons, ils formèrent des résolutions dont le recueil est devenu un nouvel élément de la jurisprudence musulmane, comme, à Rome, les avis des Prudents. Comme à Rome, ces jurisconsultes formèrent des écoles rivales ; l'islamisme eut ses Sabiniens et ses Proculéiens, les Hanefites, les Maliqites [1], les Chafeites, les Hanbelites, pour ne parler ici que des écoles qui appartiennent au rite orthodoxe, c'est-à-dire sunnite. Mais aucune différence radicale ne divise les disciples d'Ebou-Hanifé, de Maliq, de Chafei et d'Ahmed-Hanbel ; les uns sont plus jansénistes que les autres, si l'on veut nous permettre l'anachronisme de l'expression ; tous également procèdent par voie d'interprétation des éternels principes d'équité et de justice que l'archange Gabriel a transmis à Mahomet et aux hommes. Nous ne les suivrons pas dans les progrès qu'ils ont fait faire au droit musulman ; nous ne voulons nous occuper ici que du droit primitif des Arabes, que du droit de Mahomet et de celui-là seul. Malheureusement les dispositions législatives, qui font du Coran un des éléments du droit pratique musulman, sont peu nombreuses ; en les rassemblant, en les groupant par ordre de matière, combien de lacunes ne rencontre-t-on pas dans ce travail? Bien des fois, nous avons été tenté d'emprunter aux travaux des jurisconsultes musulmans de quoi combler ces lacunes qui détruisent l'ensemble et font si cruellement grief à la méthode des études actuelles ; nous avons résisté en songeant aux limites que nous nous sommes imposées : c'est l'œuvre de Mahomet en elle-même que nous voulons apprécier.

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT DES PERSONNES.

Nous avons été frappé tout d'abord, mais non point étonné, de la part plus considérable faite par lui au droit des personnes ; ce n'est pas que le droit des choses n'ait eu sa part des préoccupations du Prophète, mais on s'explique facilement qu'il ait insisté plus particulièrement sur ce qui constitue le droit des per-

[1] En Algérie, les muphtis et les cadis appartiennent en grande majorité à l'école de Maliq.

sonnes, et plus particulièrement encore sur cette partie du droit des personnes qu'on peut appeler le droit de la famille. Mahomet, nous appuyons sur cette idée, Mahomet est un réformateur politique, aussi bien qu'un réformateur religieux et moraliste : à ce titre, c'était aux hommes qu'il devait s'adresser, avant de songer aux choses : il s'agissait bien de constituer la propriété, d'en régler les modes d'acquisition et ceux de transmission; il s'agissait bien d'en analyser les éléments et d'en compter les démembrements, d'énumérer les contrats et d'en poser les règles : aux jurisconsultes cette besogne ! La tâche que Mahomet s'est imposée est autre; il apporte aux Arabes un culte nouveau, une morale nouvelle; il crée une civilisation, une société, il en pose les bases dans la famille. Voilà pourquoi nous le voyons réglementer avec des soins scrupuleux tout ce qui concerne le mariage et les relations juridiques qu'il produit entre les personnes. Mahomet comprenait qu'il n'y a pas de société durable là où la famille n'est pas constituée sur des bases solides. Dans la famille, l'homme apprend à commander et à obéir; il y prélude au rôle plus important que son titre de citoyen l'appelle à jouer dans la cité; il s'y fait une idée juste de ses droits et de ses devoirs; il y apprend à connaître ses semblables; enfin, et surtout la famille crée entre ses divers membres une communauté d'intérêts, d'affections, de sentiments, qui les unit entre eux et qui bientôt unira les diverses familles dont chacun d'eux sera devenu la souche. On comprend combien est féconde en résultats civilisateurs cette communauté d'intérêts et de sentiments; la société n'est plus une association d'individus se livrant à des efforts isolés dans un but commun, elle devient une association de familles réunies par des intérêts identiques qui l'attachent au sol qui la nourrit, aux lois qui la régissent, aux pouvoirs qui la dirigent ; dans ce concert d'intérêts, de sentiments, d'affections communes, les individualités dissidentes disparaissent et s'effacent devant l'ensemble imposant de la généralité ; l'esprit national, a-t-on dit, n'est que l'esprit de famille agrandi et développé. Ainsi, pour nous, il est constant que l'œuvre de réforme entreprise par Mahomet a porté particulièrement sur la famille, ou, si l'on veut, qu'il a procédé à sa réforme sociale par la réforme de la famille.

Il résulte du Coran que la *summa divisio* des personnes, comme dirait Justinien, est en musulmans et en non-musul-

mans. Les non-musulmans sont hors la loi : avec eux, ni paix, ni trêve, mais la guerre, la guerre perpétuelle, excepté pendant les mois sacrés; avec eux, on procède par voie de massacre et de captivité. « Lorsque vous rencontrez des infidèles, eh bien! tuez-les au point d'en faire un grand carnage, et serrez fort les entraves des captifs. » Les musulmans ne peuvent pas faire d'œuvre plus agréable à Dieu, c'est pour eux le moyen le plus sûr de gagner les joies ineffables de ce Paradis qu'il leur promet, où coulent des ruisseaux incorruptibles d'eau, de vin, de lait et de miel, qu'habitent des houris d'une éternelle virginité. Les non-musulmans n'ont qu'un moyen d'acheter la paix, c'est la conversion. « S'ils se convertissent, s'ils observent la prière, s'ils font l'aumône, alors laissez-les tranquilles, car Dieu est indulgent et miséricordieux. « C'est ainsi que le Prophète, en déclarant sainte la guerre contre les infidèles, imprima aux conquêtes des Arabes cet élan vigoureux qui les porta, à l'Orient, jusqu'aux bords de l'Oxus, et, à l'Occident, jusqu'à l'Atlantique, jusqu'aux Pyrénées, jusqu'à la Loire.

Les mahométans se subdivisent en libres et en esclaves. Je ne sais si Mahomet partageait les idées si nobles et si consolantes du christianisme sur la dignité et l'égalité humaine ; je ne sais s'il était tenté de se dire, comme saint Augustin, en appelant à lui les esclaves : « Dieu a voulu que la créature raisonnable faite à sa ressemblance ne dominât que sur la créature privée de raison ; il n'a point établi la domination de l'homme sur l'homme, mais de l'homme sur la brute ; » je ne sais si la servitude ne se trouve consacrée dans le Coran que comme un fait, ou si elle l'est comme un droit que l'homme peut avoir légitimement sur l'homme. On voit, d'une part, Mahomet professer l'égalité de toutes les créatures devant Dieu, et, d'autre part, provoquer les Arabes à recruter leurs esclaves parmi les infidèles. Il est vrai qu'on ne peut rien induire de ce dernier fait ; les infidèles sont hors la loi, hors le droit ; la doctrine musulmane manque de charité envers eux, mais au moins consacre-t-elle le dogme de l'égalité humaine parmi les croyants ? Abstractivement, il nous semble qu'il en est ainsi : devant Dieu, tous les musulmans sont égaux, et plus d'une fois Mahomet promet aux esclaves que Dieu les rendra riches du trésor de sa grâce. Mais, en fait, il n'attaque pas l'esclavage, il ne porte aucune atteinte profonde à son

existence. Tantôt il met les maîtres en garde contre les abus de leur autorité, tantôt il fait aux esclaves un mérite devant Dieu de leur mansuétude, tantôt il provoque les affranchissements, mais voilà tout. Il donnait à cet égard aux Arabes, comme Solon aux Athéniens, les meilleures lois qu'ils pussent souffrir, quoiqu'elles ne fussent pas absolument excellentes. En un mot, en ce qui concerne cette matière, les dispositions du Coran cherchent à adoucir le sort des esclaves, sans le modifier profondément : ils restent la propriété des maîtres ; mais elles font souvenir ceux-ci que ceux qu'ils possèdent, pour être esclaves, ne cessent pas d'être hommes. C'est ainsi que Mahomet leur conserve au moins leur individualité dans le mariage et dans la prostitution ; on ne peut les marier sans leur consentement, ni les prostituer contre leur gré.

Nous passons à la partie du droit des personnes que nous avons signalée comme la plus importante et la plus développée : le droit de la famille. Il n'y a pas de famille sans légitime mariage : Mahomet l'a bien compris, et il a fait à cet égard tout ce que lui permettaient de faire les mœurs de son temps et les nécessités du climat pour assurer au mariage la force et la stabilité. Le principe de monogamie est essentiellement favorable au développement des sentiments de famille, il unit étroitement tous ceux qui ont dans leurs veines un sang commun, les père et mère à leurs enfants, comme les enfants entre eux. La polygamie, au contraire, peut bien, si l'on veut, créer une famille, mais cette cause si puissante d'affection, ce lien qui unit si fortement les membres de la famille entre eux dans le régime de la monogamie, la communauté du sang, n'existe plus ! L'affection paternelle se fractionne et s'anéantit ; l'affection conjugale n'est plus qu'une fantaisie amoureuse. Mais Mahomet n'avait pas le choix entre la monogamie et la polygamie ; la polygamie existait avant lui, et des raisons physiologiques l'expliquaient et la justifiaient. Dans les pays orientaux, les femmes, nubiles de bonne heure, cessent vite d'être aptes à la maternité ; l'homme conserve plus longtemps ses facultés génératrices. Selon Montesquieu, la polygamie, en Orient, est une loi de nature que semblait indiquer elle-même la disproportion numérique considérable qui existe dans ces pays entre les êtres des deux sexes. Mahomet la respecta, mais dans certaines limites. La polygamie

ne fut plus illimitée : le Prophète imposa aux croyants un maximum. « N'épousez, dit-il, parmi les femmes qui vous plaisent, que deux, trois ou quatre. « Quatre femmes légitimes, il n'en permet pas davantage, aux autres du moins, car l'histoire constate qu'il en eut quinze : c'était là, sans doute, un privilége que lui donnait sa mission prophétique. Il veut que tout soit égal entre elles, nourriture, habits, devoir conjugal : « Celui qui a deux femmes, et qui, entraîné par son amour pour l'une, néglige l'autre, paraîtra au jour de la résurrection avec des fesses inégales. » Il faut croire que cette difformité pénale n'était pas faite non plus pour le Prophète, car, dit-on, son mariage ne fut consommé qu'avec douze de ses femmes, et il ne sut pas toujours conserver entre elles l'égalité de traitement qu'il imposait aux autres : on se rappelle, en effet, l'aventure de Marie la Copte et d'Hafsa, la préférence accordée par Mahomet à la première sur la seconde, le serment qu'il fit de l'abandonner et la manière dont il s'en délia.

Il est difficile de déterminer d'une façon précise la nature du mariage musulman. Est-ce un contrat purement civil? ou bien la consécration religieuse doit-elle lui être donnée pour qu'il soit parfait? S'il est un contrat purement civil, est-il purement consensuel? ou bien est-il soumis à ces solennités symboliques qu'on rencontre à l'origine des civilisations? Est-il, comme dans le droit romain, un contrat réel pour la perfection duquel il faille la tradition de la femme au pouvoir du mari? Nous n'avons rien vu dans le Coran qui pût nous édifier à cet égard. Cependant il semble que Mahomet ne considère le mariage comme véritablement accompli que par le fait de la cohabitation, ou de la prestation de la dot. « Il n'y a aucun péché, dit-il à répudier une femme avec laquelle vous n'aurez pas cohabité, ou à qui vous n'aurez pas assigné de dot. » N'est-ce point dire que tant que l'homme n'a pas usé de ses droits d'époux, que tant qu'il n'a point payé la dot promise, il conserve la faculté de reprendre sa parole et de rompre l'union projetée? Du moment où la dot est fixée, il n'en est plus ainsi, les parties sont liées; l'homme a en quelque sorte donné des arrhes, et la répudiation ne peut plus se faire qu'à la condition d'abandonner la dot, si le mariage est consommé, d'en abandonner la moitié, si la répudiation intervient avant la cohabitation. La dot et la coha-

bitation sont donc deux choses corrélatives: l'une, s'il est permis de le dire, est le prix de l'autre ; toutes deux forment les éléments constitutifs du mariage musulman. Il y a dans cette manière d'entendre la dot quelque chose qui rappelle le *morgengab* des Germains; mais notons cette différence essentielle, qu'elle est attribuée dans le droit musulman aux parents de la femme et non point à elle-même : cela se conçoit d'ailleurs, elle lui serait inutile ; durant le mariage, le mari subvient à ses besoins ; après le divorce, elle retombe à la charge de sa famille.

Il importait à Mahomet de régler entre quelles personnes le mariage pouvait être contracté ; l'intérêt de sa propagande religieuse lui en faisait un devoir, aussi bien que le caractère moral des institutions qu'il apportait aux Arabes. Il avait été frappé de leur dissolution profonde, de cette promiscuité révoltante, de ces incestes odieux auxquels se livraient ses concitoyens, et ses efforts se dirigèrent contre ces vices aussi pernicieux pour la société que la polygamie illimitée l'était pour la famille. Aussi trouve-t-on dans le Coran un grand nombre de versets contenant des prohibitions de mariage, les unes trouvant leur raison d'être dans les préoccupations religieuses, les autres dans les préoccupations civilisatrices de Mahomet. « N'épousez pas les femmes idolâtres tant qu'elles n'auront pas cru. Une esclave croyante vaut mieux qu'une femme libre idolâtre, quand même celle-ci vous plairait davantage. Ne donnez pas vos filles aux idolâtres, tant qu'ils n'auront pas cru ; un esclave croyant vaut mieux qu'un incrédule libre. » Mahomet procède vis-à-vis des femmes idolâtres, comme Moïse vis-à-vis des Chananéennes ; il craint qu'en s'unissant à elles, les Arabes se trouvent portés au culte des faux dieux qu'il veut leur faire déserter. La prohibition n'est absolue que pour les idolâtres ; elle ne s'étend pas aux juifs, ni aux chrétiens : « Il vous est permis d'épouser les filles honnêtes des croyants et de ceux qui ont reçu les Ecritures avant vous. » Mahomet présente toujours Moïse et Jésus-Christ comme ses prédécesseurs.

A côté de cette prohibition dérivant de la diversité des cultes, se trouvent les prohibitions dérivant de la parenté ou de l'alliance. Ce n'est pas dans la nature qu'il faut chercher les causes de ces prohibitions ; il est triste de penser que la constitution physique de l'homme ne répugne pas plus à ces unions inces-

tueuses qui font horreur, que celle de l'animal, et que, dans l'histoire de l'humanité, on trouve des nations et des temps où le père épousait sa fille, où le frère s'unissait à la sœur.

Gentes esse feruntur
In quibus et nato genitrix et nata parenti
Jungitur et pietas geminato crescit amore.

Mais il est consolant de voir que l'homme a triomphé par la civilisation de la bestialité de sa nature; les lois divines et humaines se sont unies dans de communs efforts pour chasser la corruption de la famille et y installer la pureté des mœurs; elles ont posé une barrière insurmontable entre les membres de la même famille, entre ceux qui doivent donner l'éducation et ceux qui doivent la recevoir, entre tous ceux qui habitent sous le même toit. Les lois de ce genre sont nombreuses dans le livre de Mahomet; on voit quelle importance il attachait à la pureté de la famille par l'étendue même des prohibitions qu'il édicte. En ligne ascendante et descendante, le mariage est prohibé à l'infini. « N'épousez pas les femmes qui ont été les épouses de votre père : c'est une turpitude, c'est une abomination et un mauvais usage. » Mais cette disposition n'a pas d'effet rétroactif : « Toutefois, ajoute Mahomet, laissez subsister ce qui est déjà accompli. » Preuve irrécusable de l'existence et de la multiplicité de ce genre d'inceste au temps où il vivait! « Il vous est interdit d'épouser vos filles; n'épousez pas non plus les filles de vos fils, » dit il autre part, et il ajoute encore : « Si le fait est accompli, Dieu sera indulgent et miséricordieux. » En ligne collatérale, la prohibition de mariage s'étend jusqu'au degré de cousins germains inclusivement : « O prophète, est-il dit au chapitre intitulé *les Confédérés*, il t'est permis d'épouser les filles de tes oncles et de tes tantes maternels et paternels... C'est une prérogative que nous t'accordons sur les autres croyants. » Il est aussi défendu d'épouser les deux sœurs et les filles issues de femmes avec lesquelles on a cohabité : s'il n'y a pas eu cohabitation, l'empêchement ne subsiste pas. Tous ces obstacles au mariage, on les rencontre pour ainsi dire dans toutes les législations, dans des limites plus ou moins étendues, mais il en est un que nous croyons particulier au droit musulman, c'est celui qui résulte de l'allaitement. Mahomet considère la nourrice comme

une autre mère; elle aussi a donné son sang à l'enfant qu'elle a nourri ; il n'est pas le fruit de ses entrailles, mais c'est par elle qu'il a vécu, qu'il a grandi ; une union entre elle et lui serait une union incestueuse : « N'épousez pas, a-t-il dit, vos mères de lait. » Il va plus loin ; il défend le mariage entre les enfants qui ont eu une nourrice commune ; ils sont frères et sœurs de lait. Dans un autre ordre d'idées, nous rencontrons encore des prohibitions de mariage ; ainsi ceux qui ont subi les peines infligées à l'adultère ne peuvent pas s'unir à ceux qui n'ont pas éprouvé cette souillure ; ils ne peuvent épouser que des adultères ou des idolâtres. Ainsi le tuteur ne peut pas épouser sa pupille ; nous verrons plus tard avec quel soin Mahomet recommande aux tuteurs la personne et les biens des enfants confiés à leur garde ; la prohibition de mariage est le complément de ses dispositions à cet égard : comme la loi romaine, il ne veut pas que le mariage soit pour eux un moyen de spoliation, *ne pupillæ in re familiari circumscribantur ab his qui rationes eis gestæ tutelæ reddere compelluntur*. La loi romaine allait plus loin ; le mariage était prohibé entre le fils du tuteur et la pupille de ce dernier ; il n'y avait d'exception que pour le cas où elle lui avait été fiancée avant l'ouverture de la tutelle. Sauf ce cas, la prohibition était absolue et elle durait non-seulement jusqu'à l'expiration de la tutelle, mais jusqu'à l'expiration du temps où la pupille cessait d'avoir le bénéfice de la *restitutio in integrum ;* tant était grande la prévoyance de la loi romaine.

Voyons maintenant quels sont les droits et les devoirs respectifs des époux. Nous trouvons tout d'abord consacrée dans le Coran la supériorité de l'homme sur la femme : « Les maris ont le pas sur leurs femmes, Dieu est puissant et sage, » et ailleurs : « Les hommes sont supérieurs aux femmes à cause des qualités par lesquelles Dieu a élevé ceux-ci au-dessus de celles-ci. » Dans les idées du Coran, on le voit, la prépotence de l'homme sur la femme n'est point une usurpation du sexe fort sur le sexe faible, elle trouve sa légitimité dans une supériorité naturelle ; Dieu a accordé à l'un des qualités qu'il a refusées à l'autre. La femme est-elle vraiment par rapport à l'homme un être imparfait ? Faut-il chercher dans cette imperfection du sexe féminin l'explication de l'état d'infériorité qu'on lui a attribué dans tous les temps et dans tous les lieux ? Faut-il, au contraire, cédant aux

tendances de nos jours, proclamer l'égalité des sexes et ne voir dans l'infériorité de la femme que le résultat d'une éducation vicieuse ? Bornons-nous à constater le fait sans chercher à l'expliquer; mais ajoutons que quelle que soit la raison que l'on donne de l'état général de subordination de la femme, il y en a une, particulière à l'Orient, qui fait que là plus qu'ailleurs elle est soumise à l'homme. C'est Montesquieu qui nous la donne par *à contrario* : « Dans les pays où les agréments des femmes se conservent mieux, dit-il, où elles sont plus tard nubiles, où elles ont des enfants dans un âge plus avancé, la vieillesse de leur mari suit en quelque sorte la leur, et comme elles ont plus de raison et de connaissance quand elles se marient, ne fût-ce que parce qu'elles ont plus longtemps vécu, il a dû naturellement s'introduire une espèce d'égalité dans les deux sexes. »

La supériorité de l'homme sur la femme ainsi établie, Mahomet la prend pour base du pouvoir marital, mais il n'en tire pas cette conséquence insensée, qu'il n'a pas de devoirs à remplir envers elle. Le mari est le maître absolu, la femme lui doit obéissance, elle doit lui être soumise en tous points : « Si elle n'obéit pas, vous la reléguerez dans un lit à part, vous la battrez, » dit le Coran. On voit jusqu'où va le droit de correction attribué au mari : que nous aimons mieux cette loi indienne, citée par M. Michelet dans les *Origines du droit français :* « Ne frappez pas une femme, eût-elle fait cent fautes, pas même avec une fleur ! » En échange de son obéissance, le mari lui doit protection. Les époux se doivent réciproquement fidélité : « Evitez l'adultère, car c'est une turpitude et une mauvaise route. » Mahomet punit sévèrement le manquement à la foi conjugale; il veut que le délit soit établi d'une façon certaine, mais, une fois constaté, la peine sera exemplaire. Comme moyen de preuve, il admet en premier lieu le témoignage : un seul témoin ne suffit pas, il en faut quatre. « Si vos femmes commettent l'action infâme, appelez quatre témoins ; si leurs témoignages se réunissent contre elles, enfermez-les dans des maisons jusqu'à ce que la mort les enlève ou que Dieu leur procure quelque moyen de salut. » Ainsi, pour la femme adultère, la séquestration perpétuelle, la mort seule la délivrera. Nous nous trompons ; l'expiation n'est pas encore complète ; elle continuera pour elle dans l'autre monde : « Celui qui trahira sa foi perdra le fruit de

ses bonnes œuvres et sera dans l'autre monde au nombre des malheureux. » Cependant Mahomet s'est départi de cette rigueur primitive; on trouve des versets où il laisse espérer au repentir de la coupable la miséricorde divine. D'autre part, la peine qu'il inflige aux adultères n'est plus si cruelle et elle est en quelque sorte plus exemplaire, puisqu'elle est publique : « Vous infligerez à l'homme et à la femme adultères, dit-il dans la sourate XXIV, cent coups de fouet à chacun : que le supplice ait lieu en présence d'un certain nombre de croyants. » Pour la femme du prophète, la peine est doublée. L'adultère peut encore être prouvé autrement que par témoins : « Ceux qui accuseront leurs femmes et qui n'auront d'autres témoins à produire qu'eux-mêmes jureront quatre fois devant Dieu qu'ils disent la vérité et la cinquième fois pour invoquer la malédiction de Dieu sur eux s'ils ont menti. » La preuve contraire par serment est réservée à la femme; on n'infligera aucune peine à la femme si elle jure quatre fois devant Dieu que son mari a menti et la cinquième fois en invoquant la colère de Dieu si ce que le mari a avancé est vrai. Quelque chose de bien remarquable, c'est le caractère de délit public imprimé à l'adultère; au mari seul n'appartient pas le droit de répression; la poursuite en appartient à tout le monde ; seulement ceux qui se seront rendus coupables d'une dénonciation calomnieuse seront punis de quatre-vingts coups de fouet. Rappelons, en terminant, que l'adultère crée un empêchement relatif au mariage.

L'obéissance de la femme, la protection et l'assistance que, le mari lui doit, une fidélité réciproque, ne sont pas les seuls devoirs conjugaux imposés aux croyants par Mahomet. Le mariage a pour but la procréation des enfants; il leur impose le devoir de ne point faillir aux fins de leur union. A cet égard, les musulmans ne relèvent pas seulement de leur conscience et de Dieu, ils relèvent aussi de la loi positive et c'est pourquoi nous mentionnons ici ce point vraiment caractéristique [1]. Les versets du Coran relatifs à ce sujet sont nombreux : les uns contiennent des règles de morale et des pratiques religieuses, les autres des règles d'hygiène, d'autres enfin sont vraiment des dispositions législatives. Il est encore un devoir qui concerne le mari seul

[1] M. Pharaon, dans ses *Etudes sur les législations orientales*, cite plusieurs exemples de procès entre époux, nés du manquement à ce devoir.

dont il nous faut ici dire un mot pour mémoire : il est une conséquence de la polygamie. Mahomet lui recommande de faire régner entre toutes ses femmes la plus grande égalité possible; il doit à chacune d'elles une part égale d'affection, d'assistance, de bien-être, d'expansion conjugale. S'il méconnaît cette obligation, le divorce pourra être prononcé contre lui comme s'étant rendu coupable d'une injure grave à leur égard.

Voilà ce qui concerne les droits et les devoirs des époux entre eux, mais le mariage crée aussi des droits et des devoirs entre les parents et les enfants issus du mariage. Nous ne trouvons que peu de choses dans le Coran sur ce point. Quant à l'autorité paternelle, nous avons lieu de la croire très-puissamment organisée : avant Mahomet, il est certain qu'elle comportait le droit de vie et de mort et que les Arabes usaient fréquemment de ce droit contre les filles dont la naissance leur semblait un malheur et même aussi contre les enfants mâles en temps de disette. C'est à cette coutume barbare que Mahomet s'attaque : « Si l'on annonce à quelqu'un d'entre eux, dit-il, la naissance d'une fille, son visage s'obscurcit et il devient comme suffoqué par la douleur; il se cache des siens à cause de la désastreuse nouvelle : doit-il la garder et en subir la honte, ou l'ensevelir dans la poussière? Que leurs jugements sont déraisonnables ! » Ailleurs il est plus explicite : « Ne tuez point vos enfants par crainte de pauvreté : nous leur donnerons leur nourriture ainsi qu'à vous. » Plusieurs fois il réitère aussi impérativement la même injonction, la seule que nous ayons remarquée faire brèche à l'autorité paternelle telle qu'elle existait avant lui. Sauf ces dispositions nous ne trouvons plus rien qui ait trait à ce sujet. Comment la puissance paternelle s'exerçait-elle? Jusques à quand l'enfant y était-il soumis? Pour prix de ce pouvoir quelles obligations étaient imposées au père? Sur tous ces points le Coran n'innove pas et garde le silence ; il ne le rompt qu'un instant pour imposer à la mère le devoir d'allaiter son enfant pendant deux années, encore n'est-ce pas un devoir imposé par la loi positive; c'est plutôt un conseil et une consécration de l'usage, aussi est-il ajouté de suite : « Si vous préférez mettre vos enfants en nourrice, il n'y aura aucun mal à cela, pourvu que vous payiez ce que vous avez promis. » La durée de l'allaitement n'est pas non plus rigoureusement fixée; la femme, si le mari

consent, peut sevrer l'enfant avant l'expiration des deux années : « Si les époux préfèrent sevrer l'enfant avant le terme, de consentement volontaire, et après s'être consultés mutuellement, cela n'implique aucun péché. » Il y a dans ce fragment quelque chose qui mérite particulièrement l'attention : tant que l'enfant n'a pas une vie complétement indépendante de la mère qui le nourrit, le père n'a pas seul l'exercice du pouvoir paternel ; il le partage avec la mère jusqu'au jour où l'enfant cessera de vivre de son sang. Quant aux devoirs des enfants vis-à-vis de leurs parents, Mahomet les comprend tous dans celui de la reconnaissance : « Nous avons recommandé à l'homme ses père et mère (sa mère le porte dans son sein et endure peine sur peine ; il n'est sevré qu'au bout de deux ans). Sois reconnaissant envers moi et envers tes parents. » C'est Dieu lui-même qui parle dans ce verset.

On s'étonne de trouver dans une législation qui autorise la polygamie et qui tolère le concubinage l'institution du divorce. Sous le régime de monogamie on en comprend aisément l'utilité ; lorsque certaines circonstances données ont rendu la vie commune insupportable aux deux époux, on comprend que l'intérêt social puisse exiger la rupture du lien conjugal, de telle sorte que chacun d'eux puisse convoler et remplir les vues de la nature, tant qu'elle lui en laisse la faculté. Au point de vue utilitaire, le divorce peut donc être justifié ; aussi, n'eût été le dogme chrétien de l'indissolubilité du mariage, il serait devenu dans les pays occidentaux le correctif du principe de monogamie, qui, dans le cas où la cohabitation est devenue moralement ou physiquement impossible entre les époux, soulève un conflit entre les lois de la nature et les lois humaines, et met l'homme dans la fâcheuse alternative de violer ou les unes ou les autres : cède-t-il aux lois de la nature, il viole les lois humaines, qui qualifient de criminelles toutes relations extra-conjugales ; obéit-il aux lois humaines, il foule aux pieds celles de la nature. C'est ce qui fait que les premiers Pères de l'Eglise ne regardaient pas comme absolu le principe de l'indissolubilité du mariage ; saint Ambroise croyait que le divorce pouvait avoir lieu pour cause d'adultère, et, au dix-huitième siècle, le catholique Pothier, dans son traité du *Contrat de mariage*, discute encore sur la question de savoir si l'adultère dissout le mariage.

Quoi qu'il en soit, les mêmes raisons n'existaient pas dans la législation du Coran, pas plus que dans celle de la Bible où l'on rencontre aussi la polygamie, le concubinage et le divorce. Pourquoi donc Mahomet a-t-il emprunté à Moïse cette institution? Elle n'a rien en elle-même qui puisse blesser les idées que Mahomet s'était faites du mariage : c'est à ses yeux, nous le savons, un contrat consensuel; nulle difficulté donc à ce que les parties pussent défaire par une volonté contraire ce que leur volonté conforme a fait, nulle difficulté non plus à ce que le mari pût exercer la répudiation, puisque la dot, par rapport à lui, est une faculté de dédit. D'un autre côté, il ne faut pas oublier que le droit d'avoir plusieurs femmes est un droit coûteux, dont l'exercice n'est pas à la portée de tout le monde; que, si la polygamie est un droit pour tous, elle n'est un fait que pour quelques-uns, les puissants et les riches; que la plupart des Arabes n'ont qu'une femme. Pour ceux-là le divorce était nécessaire; il était, qu'on nous permette l'expression, le succédané de la polygamie, ou plutôt une polygamie d'un autre genre, successive au lieu d'être simultanée; dès lors, les raisons que nous avons données pour justifier l'une peuvent servir à justifier l'autre. Il nous reste maintenant à voir comment Mahomet a organisé le divorce.

Le divorce s'exerce par la répudiation, et le droit de répudier n'appartient qu'au mari : voilà les deux points essentiels qui se dégagent, si nous ne nous trompons, du rapprochement des différents passages du Coran qui ont trait à cette matière. Partout, en effet, c'est à l'homme que Mahomet s'adresse, et nulle part il ne suppose à la femme la faculté de rompre le mariage par sa seule volonté; c'est, en effet, la conséquence logique de la manière dont nous avons envisagé le divorce, une polygamie successive. C'est une conséquence aussi de l'état d'infériorité de la femme dans toutes les législations primitives : Mahomet comme Moïse, Romulus comme Solon, n'accordent le droit de répudiation qu'au mari. Nous ne croyons pas que la législation musulmane ait persisté d'une façon absolue à faire du divorce un privilége exclusivement masculin, et nous pensons que, par suite du travail d'interprétation complétive auquel se sont livrés les jurisconsultes arabes, la femme a dû être admise, dans quelques cas déterminés, à provoquer judiciairement le divorce. A

cet égard, il semble que Mahomet leur ait donné beau jeu dans ce verset : « Si une femme craint la violence de son mari ou son aversion pour elle, il n'y a pas de mal à s'arranger : la paix est un grand bien. » Non-seulement le droit de répudier n'appartient qu'au mari, mais encore il lui appartient arbitrairement : le divorce a lieu sans cause déterminée; selon le bon plaisir du mari, le mariage subsistera ou sera rompu : c'est encore là, selon nous, un argument à l'appui de la manière dont nous avons apprécié le divorce musulman. Cependant il faut se garder de toute exagération ; Mahomet ne détermine pas d'une façon précise les cas dans lesquels le mari pourra user de la répudiation, comme l'avait fait par exemple Romulus pour les cas où la femme aurait commis un adultère, fabriqué du poison ou altéré les clefs, cela est vrai ; il laisse intact le principe ; la répudiation est pour le mari un droit absolu et sans restriction, mais il ne veut pas que ce soit un droit dont il use sans réflexion et par caprice. Nous le voyons d'abord attirer l'attention de l'homme prêt à divorcer sur la gravité de la décision qu'il va prendre : « Si, parmi vos femmes, il y en a pour qui vous avez de l'éloignement, réfléchissez, dit-il; il se peut que vous ayez de l'éloignement pour une chose dans laquelle Dieu ait déposé un bien immense. » Ce n'est pas tout : la répudiation doit être précédée d'une tentative de conciliation devant un conseil de famille, composé de deux membres, l'un appartenant à la famille du mari, l'autre à la famille de la femme. « Si vous craignez une scission entre les deux époux, appelez un arbitre de la famille du mari et un autre choisi dans celle de la femme : si les époux désirent la réconciliation, Dieu les fera vivre en bonne intelligence, car il est savant et instruit de tout. » Enfin, pour mettre davantage l'homme en garde contre l'irritation du moment ou le caprice de la passion, Mahomet ne veut pas que la séparation soit immédiate. Du jour où le musulman a formé le projet de répudier sa femme et s'est en conséquence abstenu d'elle, court un délai de quatre mois pendant lequel la rupture du mariage est en quelque sorte en suspens. Il peut, s'il le veut, revenir sur sa première décision, et son union n'aura pas été dissoute un seul instant ; mais s'il y persiste, s'il a prononcé quatre fois de suite, à un mois d'intervalle, la formule de répudiation, la femme doit quitter la maison conjugale, le divorce est définitif.

Jusqu'à ce jour, le mari lui doit le logement et l'entretien selon ses moyens; si même elle est enceinte, il doit attendre qu'elle soit accouchée et pourvoir à ses besoins selon son aisance. Mais si elle s'est rendue coupable d'un adultère prouvé, le mari est délié de toute obligation envers elle, il n'est même pas tenu d'observer le délai de quatre mois; il semble qu'il n'y ait pas de réconciliation possible. « Ceux qui s'abstiennent de leurs femmes auront un délai de quatre mois pour réfléchir et ne point se séparer à la légère. Si le divorce est fermement résolu, Dieu sait et entend tout. « Et, plus loin, dans un chapitre intitulé *le Divorce*, Mahomet ajoute : « Ne répudiez vos femmes qu'au terme marqué : comptez les jours exactement; avant ce terme, vous ne pouvez ni les chasser ni les laisser sortir, à moins qu'elles n'aient commis un adultère prouvé. Tels sont les préceptes de Dieu; celui qui les transgresse se perd lui-même. Vous ne savez pas si Dieu ne fera pas surgir quelque circonstance qui vous réconciliera avec elles. » Ces citations ne laissent point de doute sur la nature de ce délai de quatre mois. Il a été imparti dans le dessein de favoriser une réconciliation possible, et c'est évidemment par erreur qu'on a prétendu qu'il n'avait d'autre but que de constater si la femme répudiée était enceinte ou ne l'était pas. Cette manière de voir n'expliquerait pas comment ce terme est également imposé pour la répudiation de la femme qui, à cause de son âge, n'espère plus avoir les signes périodiques de la fécondité, comment il est également prescrit pour la répudiation de celle qui n'est point encore nubile. Cependant il ne faut pas être exclusif et écarter complétement cette idée; s'il n'appert pas des textes du Coran que tel ait été l'objet principal de la fixation de ce délai, bien au contraire, il peut se faire qu'il n'y soit pas complétement étranger; nous voyons, en effet, que Mahomet recommande au mari de différer la réalisation du divorce quand la femme est enceinte, et de la reprendre, même après la séparation effectuée, si sa grossesse devient un fait constant. Il ne serait donc pas étonnant qu'il eût voulu qu'on s'assurât, avant la répudiation effective, par l'expiration de quatre mois, de l'état de la femme qu'on allait expulser du toit conjugal.

Voilà ce que fit Mahomet pour donner au divorce un certain degré de moralité, mais il comprit que des recommandations et

des délais n'étaient point assez pour empêcher que le mariage, par la fréquence des répudiations, ne se confondît avec le concubinage. C'était là le danger ; il était imminent avec le divorce tel que nous l'avons vu organisé ; Mahomet sut le détourner en limitant à un chiffre indéterminé, mais toujours restreint, le nombre des répudiations possibles. Il attacha au divorce des conséquences ruineuses pour le mari, en forçant celui-ci à laisser à la femme répudiée la dot qu'il lui avait constituée lors du mariage. « Si vous désirez changer une femme contre une autre et que vous ayez donné à l'une d'elles cent dinars, ne lui en ôtez rien. — Il ne vous est pas permis de vous approprier ce que vous lui avez donné. » L'intérêt vint brider le caprice ; les sommes qu'il en coûtait au mari pour exercer la répudiation furent un sûr garant de la légitimité de ses motifs. Mahomet aurait pu trouver au mal qu'il entrevoyait un remède plus moral, il n'aurait pu en trouver un plus efficace, surtout eu égard à la nature du peuple arabe, pauvre et parcimonieux.

Le divorce dissout le mariage : la femme divorcée peut donc convoler ; c'est un droit pour elle consacré par le Coran qui défend au musulman de s'opposer aux nouvelles noces de celle qu'il a répudiée ; mais celle-ci doit laisser écouler trois mois avant de se remarier : la raison de ce délai est facile à saisir, il a pour but d'éviter la confusion de part. C'est pour le même motif qu'un délai semblable est imposé à la femme veuve qui contracte un nouveau mariage, seulement il est plus long : « Si ceux qui meurent laissent des femmes, elles doivent attendre quatre mois et dix jours : ce terme expiré, vous ne serez pas responsables de la manière dont elles disposeront honnêtement d'elles-mêmes. » Non-seulement la femme répudiée peut se remarier, mais elle peut se remarier avec celui-là même qui l'a répudiée ; si un nouveau divorce survient, ils ne pourront plus se réunir qu'autant que la femme aura contracté dans l'intervalle mariage avec un autre homme et qu'elle aurait été répudiée par lui. « La répudiation peut se faire deux fois ; — si un mari répudie sa femme trois fois, il ne lui est permis de la reprendre que lorsqu'elle aura épousé un autre mari et lorsque celui-ci l'aura répudiée à son tour. » Montesquieu s'élève avec raison contre de pareilles dispositions : « La loi des Maldives qui permet de reprendre une femme qu'on a répudiée, dit-il,

semble se jouer également du mariage et de la répudiation. » L'irrévocabilité du divorce est une garantie contre l'irritation et le caprice du moment dont Mahomet s'est privé par quelque motif que nous n'apercevons pas. Cette faculté laissée aux époux de se réunir jure à côté des dispositions destinées à assurer la moralité du divorce que nous avons vues plus haut, et cependant Mahomet semble vouloir l'étendre le plus possible. Il y avait avant lui une formule de répudiation qui donnait au divorce ce caractère d'irrévocabilité que nous voudrions lui voir. Quand un mari avait dit en renvoyant sa femme : « Que ton dos soit désormais pour moi comme le dos de ma mère ! » il ne pouvait plus la reprendre dans aucun cas ; la rupture était définitive. Mahomet permet de reprendre les femmes répudiées même avec la formule de séparation perpétuelle en faisant quelque offrande pour expier l'infraction du serment. Tout le chapitre du Coran intitulé *la Plaideuse* a trait à ce point : le Prophète y condamne d'abord l'usage de la formule que nous venons de rapporter : « Ceux d'entre vous qui répudient leurs femmes en disant qu'ils les regarderont comme leurs mères (elles ne sont pas leurs mères, leurs mères sont celles qui les ont enfantés) profèrent une parole blâmable et une fausseté. » Il ajoute : « Certes, Dieu est porté au pardon et à l'indulgence. » Puis, partant de là : « Ceux qui répudient leurs femmes avec la formule de séparation perpétuelle et reviennent ensuite sur leur parole affranchiront un esclave avant qu'il y ait une nouvelle cohabitation entre les époux. » Mahomet a voulu, en permettant un rapprochement entre le mari et la femme, même après le divorce accompli, ouvrir une voie au repentir et au pardon : il avait assez fait dans cette vue en imposant le délai préalable de quatre mois ; permettre de se réunir après le divorce, c'est, comme le dit Montesquieu, se jouer également du mariage et de la répudiation.

Il va sans dire que le mariage se dissout par la mort. Nous avons déja noté les délais imposés à la veuve en cas de convol ; ces délais, qui n'ont pour but que d'empêcher la confusion de part, ne font point obstacle à ce qu'il lui soit fait des propositions de mariage, ni à ce qu'elle les agrée. « Il n'y a aucun mal à ce que vous fassiez ouvertement des propositions de mariage à ces femmes ; mais ne leur faites pas de promesse en secret et

ne leur tenez qu'un langage honnête. » Pour assurer l'existence de la femme pendant les mois de viduité et le temps nécessaire pour trouver un époux, Mahomet veut qu'avant de mourir on lui assigne un legs suffisant pour son entretien durant une année et qu'elle ne soit pas forcée de quitter la maison du défunt. Nous ne mentionnons ce point que pour mémoire, nous y reviendrons en nous occupant des successions.

Nous avons à peu près terminé ce qui concerne le droit des personnes : il nous reste pourtant quelques mots à dire de l'adoption et de la tutelle. Il est difficile de se faire une idée exacte de ce qu'était l'adoption du temps de Mahomet. La lecture du Coran nous apprend seulement qu'elle était en usage chez les Arabes, mais elle ne nous dit pas quel caractère avait cette institution, dans quelles circonstances et à quelles conditions elle se pratiquait. L'adoption n'a, parmi les institutions sociales, qu'une utilité secondaire qui explique suffisamment le silence du livre saint ; mais, chez les Arabes, elle était surabondante et pour ainsi dire de luxe. Dans les pays où règne la monogamie, où le divorce n'est point admis, où la répudiation ne s'exerce pas pour cause de stérilité, on comprend l'utilité d'une institution qui permette à celui auquel la nature refuse une progéniture de se créer une famille fictive. Mais chez les Arabes, si l'on peut concevoir que dans certains cas elle puisse encore trouver son utilité, il est constant que chez eux moins qu'ailleurs elle doit avoir de l'importance. Aussi n'est-ce qu'incidemment que Mahomet s'occupe des enfants adoptifs : à propos des empêchements au mariage. Il se demande s'il est permis d'épouser la femme répudiée par un fils adoptif, puis il tranche affirmativement la question, « parce que Dieu, dit-il, n'a point fait que les enfants adoptifs fussent comme les propres enfants. » Cette solution lui était inspirée par le désir qu'il avait d'épouser la femme répudiée de son fils adoptif Zeïd. C'est peut-être ici le lieu de remarquer que malheureusement la personnalité de Mahomet apparaît trop souvent dans le Coran : les croyants ne peuvent épouser que quatre femmes légitimes, Dieu lui donne la prérogative d'en épouser un aussi grand nombre qu'il voudra ; il recommande au mari d'observer religieusement l'égalité du devoir conjugal et il consacre à Marie la Copte une nuit réservée à Hafsa ; il prêche l'observance du serment et il jure de

répudier Marie la Copte, et Dieu lui rend sa parole ; il défend le mariage entre cousins et cousines, la prohibition n'est pas pour lui; les veuves peuvent convoler, — ses femmes, après sa mort, ne pourront pas se remarier, car elles sont les mères des croyants. Mais revenons à l'adoption : ainsi elle n'a point pour effet d'assimiler l'enfant adoptif à l'enfant issu du mariage ; elle établit entre l'adoptant et l'adopté des relations d'une nature particulière, mais qu'il n'est pas possible de déterminer ; seulement nous avons lieu de supposer qu'elles n'étaient pas très-étroites, puisqu'elles n'étaient pas suffisantes aux yeux de Mahomet pour produire un empêchement au mariage. Remarquons aussi qu'elle n'attribuait pas à l'adopté le nom de l'adoptant : « Appelez vos fils adoptifs du nom de leur père ; ce sera plus équitable devant Dieu. »

Nous pouvons nous faire une idée plus complète de la tutelle, les textes du Coran sur cette matière sont plus nombreux et plus explicites. La tutelle est organisée en faveur de l'enfant incapable, en raison de son âge, de prendre soin utilement de sa personne et de ses biens. Tant que l'enfant se trouve sous la puissance paternelle, la loi n'a pas besoin de veiller à ses intérêts ; elle y a suffisamment pourvu en conservant au père le droit de direction sur la personne et d'administration sur les biens de l'enfant ; aussi la tutelle ne s'applique-t-elle qu'à l'orphelin : partout où nous voyons dans le Coran le mot *tutelle*, nous lisons comme corrélatif le mot *orphelin*. Le tuteur doit prendre soin de la personne et des biens du pupille ; il doit les gérer par lui-même et fidèlement ; malheur à celui qui serait un administrateur infidèle ! « Ne confondez pas leurs héritages avec le vôtre, c'est un crime énorme. — Ceux qui dévorent uniquement l'héritage des orphelins introduisent le feu dans leurs entrailles et seront un jour consumés par les flammes ardentes. » Mahomet rappelle au tuteur que lui aussi peut laisser en mourant des enfants en bas âge et qu'il doit faire pour ceux qui lui sont confiés ce qu'il voudrait qu'on fît pour les siens. Enfin il lui impose la nécessité de rendre compte à l'issue de la tutelle. Le compte doit se rendre devant témoins ; le tuteur a le droit d'imputer sur les recettes les dépenses nécessitées par l'entretien de l'enfant : « Fournissez-leur, dit-il, sur ce fonds la nourriture et le vêtement. » Mais à quelle époque cesse la tutelle ? Au moment

de la puberté; c'est ce qui résulte du verset suivant : « Ne touchez pas au patrimoine de l'orphelin, si ce n'est en bien, et ce, jusqu'à l'âge de la puberté. » Il semble que l'âge de la puberté n'était pas déterminé d'une façon générale, ainsi que semblerait le faire croire cet autre verset : « Ne touchez pas aux biens de l'orphelin, si ce n'est pour les accroître jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge fixé. » La puberté se déterminait, comme autrefois à Rome, *ex inspectu corporis;* mais cette puberté corporelle, si nous pouvons parler ainsi, ne suffisait pas pour faire cesser la tutelle : il fallait que le pupille eût atteint une sorte de puberté morale dont le tuteur était juge, pour qu'il pût prendre la direction de sa personne et la gestion de ses biens. « Restituez leurs biens aux orphelins devenus majeurs. — Ne vous hâtez pas de les leur confier seulement parce qu'ils ont grandi. — Eprouvez les facultés intellectuelles des orphelins jusqu'à l'âge où ils pourront se marier, et, si vous leur trouvez un jugement sain, alors remettez-leur leur fortune. » Rien dans le Coran n'indique à quelles personnes la tutelle était dévolue; on serait tenté de croire qu'elle appartenait au premier occupant, ou, pour mieux dire, à celui qui, le premier, aurait recueilli l'orphelin; Mahomet a laissé à la Providence le soin de lui choisir un tuteur. La tutelle est en quelque sorte une fonction publique à laquelle tout le monde est appelé, à la condition d'administrer utilement et fidèlement et de rendre compte. C'est ce qu'on a le droit d'induire de cette forme souvent employée dans le Coran, qui ne s'applique pas à certaines personnes déterminées, mais à tout le monde : « Ne touchez pas aux biens de l'orphelin, si ce n'est en bien; ne touchez pas aux biens de l'orphelin, si ce n'est pour les accroître. »

Nous avons terminé la première partie de notre tâche; il est temps enfin de rendre à M. Kasimirski ce que nous lui avons pris, c'est-à-dire la traduction des nombreux versets transcrits dans le courant de ce travail. Qu'il nous pardonne! les maraudeurs ne s'adressent jamais qu'aux belles et bonnes choses.

A. Sagot-Lesage,
Docteur en droit.

LIBERTÉS DE L'ÉGLISE GALLICANE.

On nomme *libertés de l'Eglise gallicane* un ensemble de coutumes et de maximes qui, sous l'ancienne monarchie, régissait les rapports de l'Eglise de France avec Rome, et les rapports de la royauté avec la papauté. Une partie de ces coutumes concerne donc la discipline; l'autre concerne la souveraineté. La première a disparu peu à peu, ou du moins s'est fort affaiblie à mesure que l'Eglise catholique a passé du régime des conciles à celui de la puissance absolue des papes; la seconde, au contraire, s'est maintenue en partie, et a été conservée dans les *articles organiques* du concordat de 1801. L'étude des libertés de l'Eglise gallicane offre ainsi un double intérêt : intérêt historique, car elle explique la longue résistance que les prélats français, l'Université de Paris et les rois opposèrent aux prétentions des papes; intérêt politique, puisqu'elle nous montre comment les rois de France, premiers protecteurs de l'Eglise romaine, ont mieux défendu leur couronne que d'autres princes moins énergiques ou moins bien partagés. Le caractère laïque de la société française était déjà sensible à une époque où le reste de l'Europe était sous la dépendance de Rome; c'est ce qui explique jusqu'à un certain point comment la Réforme fut accueillie avec moins de faveur en France qu'en Angleterre ou en Allemagne; la politique n'y joua pas un aussi grand rôle, parce qu'en France on avait moins souffert de l'ambition des papes et des entreprises de la curie romaine.

Sous le nom de *libertés de l'Eglise gallicane* on n'entendait pas l'affranchissement d'une ancienne servitude; on prenait ce nom de *libertés* au sens de *coutumes* (*libertates* au moyen âge reçoit d'ordinaire cette acception); c'étaient, suivant l'expression de Pithou : des *franchises naturelles*, des *droits communs* qu'on avait maintenus; l'Eglise de Rome avait innové, et la France se servait de ses anciennes coutumes comme d'un bouclier con-

tre les nouvelles prétentions des papes. C'était au nom de l'antiquité, c'était *en défendant les bornes sacrées posées par la main des ancêtres* [1] qu'on s'opposait aux envahissements de Rome ; c'est ce qui explique comment, en certaines circonstances, les évêques ne se sont pas montrés moins jaloux que les rois de conserver ce qu'ils considéraient, non pas comme des priviléges, mais comme des droits.

Quelles étaient ces innovations romaines ? Il n'est pas difficile de le dire, et, malgré tous les efforts des théologiens et des historiens dévoués à la papauté, il est aisé de fixer la date de ces changements.

On sait que, depuis Grégoire VII et Innocent III, une école de théologiens, qu'on a nommée *l'école ultramontaine*, s'est efforcée d'établir certaines maximes qui, si elles avaient triomphé, eussent soumis toutes les Eglises et toutes les couronnes au despotisme de la papauté.

Ces maximes, soutenues à l'origine par les ordres mendiants qui ne reconnaissaient de supérieur que le pape, et plus tard chaudement défendues par les jésuites, peuvent se ramener aux deux points suivants :

1° Le pape, comme vicaire de Jésus-Christ, est infaillible, et c'est en lui que se concentre toute la puissance ecclésiastique. Lui seul tient immédiatement son pouvoir de Dieu, c'est de lui que les évêques tiennent leur autorité ; ils ne sont que les vicaires du pape et les exécuteurs de ses volontés.

C'est le pape qui donne l'autorité aux conciles même universels ; lui seul a le droit de décider des questions de foi ; seul, il peut faire telles lois ecclésiastiques qu'il lui plaît, et dispenser, même sans cause, des canons existants.

Il peut disposer absolument de tous les biens ecclésiastiques.

Il ne rend compte de sa conduite qu'à Dieu seul ; il est juge de tous les autres et n'est jugé par personne.

2° La puissance temporelle est subordonnée à la puissance spirituelle ; en sorte que les princes sont soumis, au moins *indirectement*, au jugement de l'Eglise, en ce qui touche leur souveraineté. Ils peuvent être privés de leur autorité s'ils s'en rendent indignes : par exemple, en cas d'hérésie ou d'apostasie.

[1] Protestation du clergé du 6 mai 1682.

Voilà les principes qu'on trouve déjà dans saint Thomas, principes défendus par le dominicain Caietan, par les jésuites Bellarmin et Suarez, et qui, de nos jours, ont été de nouveau soutenus, avec plus d'esprit que de sens, par M. de Maistre, dans son livre *Du pape*. C'est en vertu de ces maximes qu'un Grégoire VII, un Innocent III, un Innocent IV, un Sixte V s'attribuèrent le droit de déposer les rois et de disposer de leurs couronnes.

Tous ces papes, convaincus de leur infaillibilité, croyaient sans doute que l'excommunication rendait un prince inhabile à gouverner des chrétiens; et peut-être n'était-ce pas l'ambition seule qui dictait leur conduite. Mais le droit qu'ils s'attribuaient faisait du pape le seul monarque de la chrétienté C'est lui qui le dernier ressort, et en droit, si l'on eût admis cette doctrine, avait les rois n'auraient été que les vassaux de la papauté.

Ces maximes, qui eussent transformé l'Europe en une théocratie, furent toujours repoussées en France; il serait impossible de trouver une époque qui les ait reçues. La Pragmatique de saint Louis (que saint Louis en soit ou non l'auteur) est une protestation solennelle contre les prétentions papales. Les *Libertés gallicanes* de Pithou, publiées en 1594, mais qui résument les anciennes coutumes de l'Eglise de France, sont une seconde protestation plus nette que celle de saint Louis. Pithou ramène toutes ces libertés, contenues en quatre-vingt-trois articles, à *deux maximes fort connexes, que la France*, dit-il avec raison, *a toujours tenues pour certaines*. Ces deux maximes sont la négation formelle des prétentions ultramontaines, les voici :

« *Art. IV.* La première maxime est, que les papes ne peu-
« vent rien commander ni ordonner soit en général ou en par-
« ticulier de ce qui concerne les choses temporelles ès pays
« et terres de l'obéissance et souveraineté du roi très-chré-
« tien; et s'ils y commandent ou statuent quelque chose, les
« sujets du roi, encore qu'ils soient clercs, ne sont tenus leur
« obéir pour ce regard.

« *Art. V.* La seconde qu'encore que le pape soit reconnu pour
« souverain ès choses spirituelles, toutefois en France la puis-
« sance absolue et infinie n'a point de lieu, mais est retenue et
« bornée par les canons et règles des anciens conciles de l'Eglise
« reçus en ce royaume; *et in hoc maxime consistit libertas Eccle-*
« *siæ gallicanæ*, comme en propres termes l'Université de Paris

« (qui garde, comme dit l'ancien roman françois, la clef de no-
« tre chrétienté, et qui a été jusqu'ici la très-soigneuse promo-
« trice et conservatrice de ces droits) fit dire et proposer en pleine
« cour de Parlement, lorsqu'elle s'opposa à la vérification des
« bulles de la légation du cardinal d'Amboise. »

Ces coutumes, recueillies par Pithou, eurent force de loi, quoique ce fût un simple particulier qui les eût rassemblées; jamais le parlement n'en suspecta l'authenticité. Il ne faut pas de longues études pour voir qu'au quinzième et au seizième siècle l'Université et le clergé n'avaient pas mis moins d'énergie que le Parlement à soutenir cette doctrine. Quand les légats du pape, qui présidaient au concile de Trente, voulurent faire exprimer la puissance du pape dans les termes du concile de Florence qui définissait que le pape a reçu de Jésus-Christ, « dans la personne de saint Pierre, la plénitude de puissance « pour paître, conduire et gouverner l'Eglise universelle, » ce furent les prélats français qui s'opposèrent à cette définition. « Reste à cette heure, écrivait le cardinal de Lorraine à son « agent, le dernier des titres qu'on veut mettre pour notre saint-
« père, pris du concile de Florence, et je ne puis nier que je suis
« François, nourri en l'université de Paris, en laquelle on tient
« l'autorité du concile par-dessus le pape, et sont censurés comme
« hérétiques ceux qui tiennent le contraire. En France, on tient
« le concile de Florence pour non légitime ni général, et pour
« ce l'on fera plutôt mourir les François que d'aller au con-
« traire. »

L'opinion de l'Eglise de France fut, du reste, exprimée de la façon la plus précise et la plus solennelle dans la célèbre déclaration du 19 mars 1682 qui eut Bossuet pour rédacteur principal, et qui fut signée ou acceptée par tous les évêques de France. Les quatre articles résument la doctrine gallicane, sans donner dans l'excès où plus d'une fois se perdirent les légistes et les parlements.

Art. « *I*er. Saint Pierre et ses successeurs, vicaires de Jésus-
« Christ, et toute l'Eglise même, n'ont reçu de puissance de Dieu
« que sur les choses spirituelles et qui concernent le salut, et
« non point sur les choses temporelles et civiles; Jésus-Christ
« nous apprenant lui-même : *Que son royaume n'est pas de ce*
« *monde*, et en autre endroit : *Qu'il faut rendre à César ce qui est*

« *à César et à Dieu ce qui est à Dieu*, et qu'ainsi ce précepte de « l'apôtre saint Paul ne peut en rien être altéré ou ébranlé : *Que « toute personne soit soumise aux puissances supérieures; car il « n'y a point de puissance qui ne vienne de Dieu, et c'est lui qui or- « donne celles qui sont sur la terre. Celui donc qui s'oppose aux « puissances résiste à l'ordre de Dieu.*

« Nous déclarons, en conséquence, que les rois et les souve- « rains ne sont soumis à aucune puissance ecclésiastique par « l'ordre de Dieu dans les choses temporelles; qu'ils ne peu- « vent être déposés directement ou indirectement par l'autorité « des clefs de l'Eglise; que leurs sujets ne peuvent être dispen- « sés de la soumission et de l'obéissance qu'ils leur doivent, ou « absous du serment de fidélité ; et que cette doctrine, nécessaire « pour la tranquillité publique, et non moins avantageuse à « l'Eglise qu'à l'Etat, doit être inviolablement suivie, comme « conforme à la parole de Dieu, à la tradition des saints pères et « aux exemples des saints.

« *Art. II.* La plénitude de puissance que le saint-siége apo- « stolique et les successeurs de saint Pierre, vicaire de Jésus- « Christ, ont sur les choses spirituelles, est telle que néanmoins « les décrets du saint concile œcuménique de Constance, con- « tenus dans les sessions IV et V, approuvés par le saint-siége « apostolique, confirmés par la pratique de toute l'Eglise et des « pontifes romains, et observés religieusement dans tous les « temps par l'Eglise gallicane, demeurent dans leur force et « vertu; l'Eglise de France n'approuve pas l'opinion de ceux « qui donnent atteinte à ces décrets, ou qui les affaiblissent en « disant que leur autorité n'est pas bien établie ; qu'ils ne sont « point approuvés ou qu'ils ne regardent que le temps de schisme.

« *Art. III.* Ainsi il faut régler l'usage de la puissance aposto- « lique, en suivant les canons faits par l'esprit de Dieu, et con- « sacrés par le respect général de tout le monde; les règles, les « mœurs et les constitutions reçues dans le royaume et dans l'E- « glise gallicane doivent avoir leur force et vertu, et les usages « de nos pères demeurer inébranlables; il est même de la gran- « deur du saint-siége apostolique que les lois et coutumes éta- « blies du consentement de ce siége respectable et des Eglises « subsistent invariablement.

« *Art. IV.* Quoique le pape ait la principale part dans les

« questions de foi et que ses décrets regardent toutes les Eglises, « et chaque Eglise en particulier, son jugement n'est pourtant « pas irréformable, à moins que le consentement de l'Eglise n'in- « tervienne. »

On voit que ces quatre articles se réduisent aux deux maximes de Pithou, et qu'ils établissent :

1° Que la puissance temporelle est indépendante de la spirituelle, ce qui exclut la doctrine qui soumet l'Etat à l'Eglise, aussi bien que celle qui soumet l'Eglise à l'Etat, comme en Angleterre et en Allemagne ;

2° Que la puissance du pape n'est pas tellement souveraine dans l'Eglise, que le pape ne doive observer les canons, que ses décisions de foi ne puissent être examinées, et que lui-même ne puisse être jugé en certains cas; ce qui revient à dire que le pape n'est pas infaillible, et que le concile est au-dessus de lui.

Cette doctrine que Bossuet a justifiée historiquement dans un ouvrage célèbre, la *Defensio declarationis cleri gallicani*, a été la doctrine de l'Eglise de France jusqu'à la révolution de 1789. Le clergé gallican, qu'on a fort injustement accusé de schisme et même d'hérésie, n'a jamais prétendu en faire un article de foi, pas plus que les papes n'ont jamais érigé en dogme leur infaillibilité ou leur suprématie temporelle, mais il a toujours défendu ces principes comme une tradition vénérable et comme un héritage sacré. Après le rétablissement du culte, en 1801, elle a été défendue par les évêques les plus considérables, tels que le cardinal de La Luzerne, Mgr de Barral, Mgr de Beausset, Mgr Frayssinous. C'est seulement sous le règne du roi Louis-Philippe qu'un nouveau clergé, élevé dans les idées de M. de Lamennais, et les principes ultramontains, a répudié l'ancien héritage des libertés gallicanes, et a proclamé comme un dogme l'infaillibilité du pape. Cette nouvelle école n'a pas vu sans doute où sa doctrine mène en politique, et d'ailleurs l'esprit du siècle repousse si énergiquement la suprématie temporelle des papes, qu'on ne s'inquiète guère des conséquences logiques de cette infaillibilité ; déjà cependant on sent le mauvais effet de ce principe ; il suffit de lire les nouveaux concordats pour voir que Rome n'a point renoncé à son intervention dans les affaires de ce monde, et qu'au nom de la suprématie spirituelle, elle est toujours prête à demander une

part de la juridiction et du territoire, c'est-à-dire une part de la souveraineté.

Il n'est donc pas inutile, même aujourd'hui, de connaître en détail les libertés gallicanes ; les mêmes problèmes sont peut-être à la veille de se représenter et demanderont la même solution.

Seulement, et pour donner à ce résumé un corps solide, il faut prendre une époque déterminée. Le moment le mieux choisi paraît être le règne de Louis XIV, car ce prince a maintenu et affermi les anciennes coutumes, et en outre les règlements qu'il a établis ont duré jusqu'à la révolution. Le droit ecclésiastique français ne lui doit pas moins que le droit civil.

Dans cet exposé des libertés gallicanes, je suivrai de préférence l'abbé Fleury, qui nous a laissé un excellent *Discours* sur ce sujet [1]. Fleury avait été jurisconsulte dans sa jeunesse, mais on ne voit pas qu'il ait jamais été imbu des préjugés parlementaires. Prêtre, historien de l'Eglise, disciple et confident de Bossuet, quand il écrivait sur les libertés gallicanes, ses opinions sont éclairées et en même temps elles sont sages ; il n'a pas la violence des légistes, et il aime sincèrement la religion. On ne peut donc choisir un guide plus sûr.

§ 1. — Distinction des deux puissances.

L'Eglise gallicane établissait la distinction des deux puissances spirituelle et temporelle sur les paroles mêmes de Jésus-Christ, et de la distinction des puissances elle faisait sortir la distinction des juridictions.

On reconnaissait à l'Eglise, comme juridiction essentielle et qui lui avait été donnée par Jésus-Christ :

A. Le droit d'enseigner aux fidèles tout ce que Jésus-Christ a ordonné de croire ou de faire, et par conséquent le droit d'interpréter sa doctrine et de réprimer ceux qui voudraient l'altérer ;

[1] Le *Discours sur les libertés de l'Église gallicane* de l'abbé Fleury a été publié en 1723, et réimprimé avec des notes en 1733, 1750, 1753, 1755, puis en 1765 et 1767 avec un commentaire de l'abbé Chiniac de La Bastide. Mais le texte de ce discours a été, dit-on, altéré en plusieurs points. La seule édition correcte est celle qui a été donnée en 1807 (2e édition, 1818) dans les *Nouveaux opuscules* de M. l'abbé Fleury, publiés sur les manuscrits de l'auteur par M. l'abbé Emery, supérieur de Saint-Sulpice.

B. Le droit d'absoudre les pécheurs ou de leur refuser l'absolution, et enfin le droit de retrancher de son corps les pécheurs impénitents et incorrigibles. Seulement, tandis que Fleury soutenait que les souverains peuvent être excommuniés pour les mêmes crimes que les particuliers, quoique bien plus rarement et avec plus de précaution, et sans que l'excommunication portât aucune atteinte aux droits temporels, les jurisconsultes déclaraient que le pape n'avait pas le droit de mettre le royaume en interdit, et qu'il ne devait pas excommunier les princes par crainte du schisme qui suivrait l'excommunication. Ils ajoutaient qu'en France on n'avait aucun égard à ces foudres spirituelles. Par une suite des mêmes craintes, ils regardaient comme une entreprise indirecte sur la juridiction temporelle l'excommunication prononcée contre les magistrats et officiers publics pour ce qui concerne l'exercice de leur charge. En théorie, il n'est pas douteux que Fleury n'eût raison, puisque dans l'Eglise la qualité de magistrat ou de prince disparaît devant la qualité de fidèle; mais, à une époque où l'Eglise et l'Etat étaient intimement mêlés, où l'excommunication était un moyen sûr de troubler tous les esprits et de mettre un royaume en révolution, il est évident que dénier au pape le droit d'excommunication, c'était le seul moyen de protéger la souveraineté laïque contre des entreprises qui, trop souvent, n'avaient de religieux que le nom.

C. Le troisième droit de juridiction reconnu à l'Eglise était le droit d'établir des ministres pour les fonctions publiques de la religion, avec pouvoir de les juger et de les déposer, s'il était nécessaire.

C'est à ces trois points qu'alors, comme aujourd'hui, on réduisait la juridiction essentielle de l'Eglise; le reste n'était considéré que comme une émanation de la souveraineté politique, une concession expresse ou tacite du chef de l'Etat.

On rangeait dans cette catégorie :

A. Le privilége accordé aux clercs de n'être jugés que par un tribunal ecclésiastique, même en matière profane, civile ou criminelle;

B. Le droit qu'avaient les juges ecclésiastiques de condamner à l'amende honorable, ou pécuniaire, à la fustigation, et même à la prison.

D'un autre côté, en reconnaissant la souveraineté temporelle,

on soumettait à l'autorité laïque un grand nombre d'actes où l'Eglise était intéressée ; on le faisait avec d'autant plus de facilité que l'Eglise et l'Etat étaient étroitement unis et qu'on regardait le roi très-chrétien non-seulement comme le protecteur de l'Eglise, mais encore comme l'évêque extérieur.

A. Le roi, ayant le droit d'empêcher ses sujets de sortir de ses Etats, avait le même droit sur les ecclésiastiques, même quand ils prétendaient se rendre à Rome.

B. Les évêques ne pouvaient sortir de France sans permission du roi, même quand ils étaient mandés par le pape ; car on considérait le pape comme un souverain étranger, et qui pouvait avoir des intérêts temporels opposés à ceux du roi.

C. Personne ne pouvant s'assembler en France sans l'autorité du prince, les évêques ne pouvaient se réunir en conciles provinciaux avant d'avoir obtenu le consentement royal. Fleury réclame contre cette défense, comme contraire aux canons qui exigent la tenue périodique des conciles provinciaux ; mais la politique l'emportait ici sur la religion ; c'est ce qui explique comment cette défense a passé dans les *articles organiques* du concordat de 1801. (Art. 4.)

D. Aucun étranger ne pouvait posséder de bénéfices en France, et, par une conséquence naturelle de ce principe, les Parlements avaient jugé que des étrangers ne pouvaient être supérieurs des monastères ou communautés religieuses situées en France. On avait même été plus loin : on ne voulait pas que des sujets du roi, même religieux, fussent sous la dépendance directe de supérieurs étrangers ; les ordonnances exigeaient que les ordres religieux, dont les généraux résidaient à Rome ou en d'autres pays, eussent en France un vicaire général qui fût naturel Français.

Cette crainte de l'étranger était si grande qu'il était interdit aux évêques de correspondre avec Rome ; mais, par une inconséquence dont la liberté profitait, on laissait le commerce des lettres entre les réguliers de chaque ordre, encore bien que les moines fussent nombreux, peu connus, et plus attachés aux maximes de leur ordre qu'aux intérêts de leur patrie.

Quant à la puissance civile, on lui reconnaissait un droit absolu sur le territoire, et une juridiction qui ne souffrait pas de partage.

I.— Un des plus grands attributs de la souveraineté, c'est le règlement et la protection de la propriété. Admettre que le territoire d'un pays appartienne en partie à des étrangers, que ces étrangers soient libres de choisir la loi qu'ils appliqueront à leurs domaines, et que, par exemple, il dépendra d'eux de se soumettre à l'impôt, de mobiliser ou d'immobiliser le sol, c'est partager la souveraineté, c'est reconnaître deux maîtres et deux lois dans un même Etat.

Nos pères n'étaient pas tombés dans cette dangereuse erreur. Pour eux, les biens consacrés à Dieu ne cessaient point d'être temporels, ces biens continuaient de dépendre de l'inspection et de la direction du magistrat politique. L'Eglise, sans aucun droit particulier sur ces biens, ne tenait que du prince la capacité d'acquérir et de posséder.

De là plusieurs conséquences qui avaient une grande importance.

A. Les ecclésiastiques n'étant que des usufruitiers, le magistrat était chargé de veiller à ce que les bénéficiers fissent les réparations nécessaires et ne dissipassent point les fonds des biens dont ils n'avaient que la jouissance.

B. On ne souffrait point que, sans le consentement du roi et du clergé, le pape fît aucune levée de deniers, soit comme emprunt, soit comme aumône ; mettre un impôt, c'est faire acte de souveraineté temporelle : cette souveraineté n'appartenait qu'au roi, qui ne la partageait avec personne.

C. On ne souffrait pas davantage que le pape permît ou ordonnât l'aliénation des biens ecclésiastiques, sinon du consentement du roi et du clergé, et avec les conditions requises par les lois du royaume.

II. — Les jurisconsultes français n'étaient pas moins jaloux de défendre la juridiction absolue de l'Etat ; ils s'opposaient de toutes leurs forces à ce qu'on reconnût en France la juridiction romaine.

Aussi étaient-ce des maximes constantes que le pape ne pouvait conférer aucune grâce qui s'étendît aux droits temporels ; il ne pouvait ni légitimer les bâtards, ni restituer contre l'infamie, ni remettre l'amende honorable, ni proroger le temps de l'exécution des testaments, ni convertir les legs pieux, ni donner la faculté de tester, ni ôter celle de succéder ; on ne

connaissait en France ni comtes palatins, ni notaires apostoliques ; en d'autres termes, la juridiction civile était dès lors purement laïque, les légistes français avaient resserré l'action légale du pape dans ses plus étroites limites. En sécularisant la législation, la révolution de 1789 n'a donc fait qu'achever une œuvre depuis longtemps commencée.

Voilà les conséquences que les jurisconsultes du dix-septième siècle tiraient de la distinction des deux puissances et des deux juridictions ; il semble qu'ils ne manquaient ni de logique, ni de prudence.

§ 2. — De l'autorité du pape.

Venons maintenant à ce qui concerne l'autorité du pape. L'Eglise gallicane distinguait ce qui touche la foi et ce qui touche la discipline. Le premier point n'intéresse que la croyance, le second intéresse le pouvoir des évêques, et indirectement aussi celui des souverains.

Sur le premier point, nous ne pouvons pas entrer ici dans de longs détails ; nous dirons seulement que, tout en reconnaissant au pape une primauté de droit divin, l'Eglise gallicane ne considérait pas le pape comme infaillible, et voulait qu'il agît d'accord avec le concile général.

Toutefois Bossuet et l'Eglise gallicane avec lui croyaient que le siége de Rome était indéfectible, c'est-à-dire qu'ils espéraient que Dieu ne permettrait jamais à l'erreur d'y prévaloir, comme cela est arrivé à Antioche, à Alexandrie, à Jérusalem. Ils appuyaient cette opinion sur les paroles de Jésus-Christ : « J'ai prié pour toi, Pierre, afin que ta foi ne manque point. » (Luc, XXII, 32) [1].

L'Eglise gallicane croyait aussi que le pape était principalement chargé de l'instruction et de la conduite de tout le troupeau ; mais, en même temps, elle croyait que chaque évêque avait reçu son autorité immédiatement de Jésus-Christ, que chaque évêque avait tout pouvoir pour la conduite ordinaire de son diocèse, et que le pape n'avait d'autre droit et d'autre devoir que de corriger l'évêque, s'il péchait contre la foi et contre la discipline.

[1] *Nouveaux opuscules* de Fleury, p. 155.

De ce pouvoir des évêques et des paroles de Jésus-Christ : « Si deux ou trois sont assemblés en mon nom, je suis au milieu d'eux » (Matth., XVIII, 20), les gallicans tiraient l'autorité des conciles et l'infaillibilité du concile universel qui représente l'Eglise tout entière. Ils admettaient que le pape devait avoir la présidence du concile, mais ce n'était pas le pape seul qui donnait autorité aux décisions, et tous les évêques jugeaient avec lui.

Et quant à la *confirmation* des conciles par le pape, les gallicans n'y voyaient qu'un consentement et non pas une sanction. Fleury fait remarquer que dans les souscriptions des anciens conciles tous les évêques indifféremment se servaient de ce terme de *confirmation* pour souscrire aux décrets des conciles et du pape même.

Cette indépendance ou plutôt cette souveraineté du concile, les gallicans l'établissaient historiquement en rappelant la condamnation du pape Honorius par le sixième concile général, la déposition des papes Grégoire XII et Benoît XIII par le concile de Pise en 1409, et les décrets exprès du concile de Constance qui, en 1414, a défini que le pape est soumis au concile en ce qui concerne la foi, l'extirpation du schisme, et la réformation générale de l'Eglise dans le chef et dans les membres. Suivant Bossuet et Fleury, ces décrets, suivis du jugement et de la déposition du pape Jean XXII, que le concile avait reconnu pour pape légitime, n'ont jamais été attaqués; à la différence du concile de Bâle, celui de Constance n'a jamais été atteint, quoiqu'au concile de Trente on ait essayé inutilement de faire adopter le décret d'union du concile de Florence portant que le pape a la puissance de gouverner l'Eglise universelle.

C'était donc la tradition constante des premiers siècles que les gallicans croyaient défendre ; on eût dit que Fleury prévoyait les sophismes de M. de Maistre quand il repoussait les comparaisons philosophiques et les raisonnements humains sur lesquels les ultramontains se fondaient pour établir l'infaillibilité du pape et son pouvoir sur le temporel des rois.

Suivant les doctrines gallicanes, telles étaient donc les bornes de l'autorité papale en ce qui regarde la foi.

Quant à la discipline, les gallicans croyaient que la puissance du pape doit être réglée et exercée suivant les canons, et que

le pape n'est souverain qu'en ce qu'il a droit de faire observer les canons à tous les autres.

A leurs yeux, le gouvernement de l'Eglise n'était pas un despotisme, mais une administration paternelle et charitable; le pape, suivant une maxime de saint Grégoire, « dominait sur les vices et non sur les personnes, » il était chargé de faire exécuter les lois, mais il n'était pas la loi. Ainsi, en France, on ne reconnaissait comme droit canonique que les canons reçus par toute l'Eglise, ou les anciens usages de l'Eglise gallicane, conservés à la face de toute l'Eglise, de temps immémorial, et par conséquent autorisés au moins par un consentement tacite. « L'ancienne pureté des canons de l'Eglise est l'unique fondement des libertés de l'Eglise gallicane, » disait un célèbre arrêt du Parlement, du 9 mars 1703.

On ne croyait donc pas que la seule volonté du pape fît ou abolît les lois de l'Eglise, ni que les fidèles fussent obligés en conscience d'obéir sitôt qu'il y avait une bulle plombée et affichée au Champ de Flore. Les nouvelles constitutions des papes, et on entendait par là la plupart des constitutions rendues depuis le treizième siècle, n'obligeaient l'Eglise gallicane qu'autant que l'usage de France les avait approuvées; ni les évêques, ni les rois ne s'inclinaient devant les clauses insérées dans la bulle *In Cœna Domini*.

Maintenant, si l'on veut ramener à des données certaines les libertés effectives de l'Eglise gallicane, voici à peu près le tableau qu'on en peut dresser.

1. On n'avait pas reçu en France le tribunal de l'Inquisition, ou plutôt on l'avait aboli dès sa naissance, car on y avait vu un danger pour l'autorité du roi, un affaiblissement de la juridiction épiscopale, un privilége exorbitant pour les ordres réguliers.

Par une conséquence naturelle, on repoussait les prétentions particulières de l'inquisition de Rome qui voulait soumettre à son pouvoir toute la chrétienté.

On reconnaissait aussi peu la juridiction des congrégations de cardinaux établies au seizième siècle pour juger des différentes matières ecclésiastiques. Telles étaient la congrégation du Saint-Office ou de l'Inquisition, celle de l'*Index* ou des livres défendus, celle du Concile, chargée de l'interprétation du concile de Trente, celle des Evêques et des Réguliers, celle de la Propa-

gande, celle de l'Immunité ecclésiastique, qui soutenait les asiles des églises et les priviléges du clergé. Sans doute on honorait les décrets de ces congrégations, comme des consultations de docteurs graves, mais on ne leur reconnaissait aucune autorité propre, car on considérait toutes ces juridictions comme nouvelles, comme dérogeant au droit des ordinaires, et comme entreprenant sur la puissance séculière. On empêchait donc la publication de ces décrets, et les meilleurs chrétiens lisaient sans scrupule tous les livres d'auteurs qui n'étaient pas manifestement notés comme hérétiques, ou nommément défendus par l'évêque diocésain.

2. On ne reconnaissait pas au pape le pouvoir de conférer les ordres à toutes sortes de personnes, ou du moins les clercs ordonnés à Rome, sans dimissoire ou permission de leur évêque, n'étaient point reçus à exercer en France de fonction ecclésiastique.

3. Aucune bulle ou lettre apostolique ne recevait d'exécution qu'après *pareatis* ou *visa* du roi ou de ses officiers. Les décrets même des conciles n'étaient reçus qu'après qu'on avait examiné s'ils ne renfermaient rien de contraire aux libertés gallicanes; c'est ainsi que le concile de Trente, qui entamait les anciennes coutumes de France et portait ombrage à la royauté, ne fut jamais reçu comme loi de l'Etat, quoique ses décisions de foi fussent acceptées par toute l'Eglise. Quant à la discipline qu'il établissait, les rois de France en adoptèrent la plus grande part, mais en se l'appropriant par l'ordonnance de Blois de l'an 1579. Suivant l'expression de Pithou (*Libertés*, art. 44), on voulait éviter toute *distraction et mélange de jurisdiction.*

4. Tandis qu'en Espagne on prenait des bulles pour les plus petits bénéfices, bulles qui n'étaient pas un des moindres revenus de la chancellerie romaine, en France on ne prenait de bulle et on ne payait les annates que pour les bénéfices consistoriaux; pour les autres, il suffisait d'une simple *signature*, qui était comme la minute de la bulle, et dont les frais étaient bien moins considérables.

5. On ne souffrait pas que le pape augmentât les taxes des bénéfices, ni des expéditions de cour de Rome. C'était une fort ancienne coutume, et dès le règne de Charles VI, en 1406, le

18 février, un arrêt notable avait déjà dit que : « Toutes exactions nouvelles venant de Rome cesseront. »

6. On ne reconnaissait pas le droit de dépouille, en vertu duquel, en Italie et en Espagne, le pape prenait la succession des évêques et autres bénéficiers. Ce droit odieux avait été levé avec une grande rigueur depuis le schisme d'Avignon, mais en France on l'avait repoussé à ce point, qu'en haine du droit de dépouille, on donnait aux parents du bénéficier le droit de succéder même aux fruits des bénéfices ; ce qui, suivant Fleury, était *réprimer un abus par un autre*. Peut-être avait-on voulu simplement éviter un procès difficile et qui eût suivi chaque succession.

7. On ne recevait pas toutes sortes de pensions sur les biens d'Eglise, mais celles-là seulement qui étaient établies suivant les lois du royaume.

8. On ne recevait pas non plus toutes sortes de dispenses ; on rejettait celles qui paraissaient contraires au droit divin, aux canons, aux louables coutumes des Eglises ; mais en fait, ces dispenses étaient nombreuses. Le droit était nouveau, mais l'intérêt particulier le faisait prévaloir sur l'ancienne discipline.

9. Les sujets du roi ne pouvaient être tirés hors du royaume sous prétexte de citations, appellations ou autres procédures ; une des raisons pour lesquelles le concile de Trente n'était point reçu en France, c'est qu'il faisait entendre (sess. XXIV, c. 20) qu'il y a des causes qui doivent se traiter ordinairement devant le pape, et d'autres qu'il a le droit d'évoquer devant son siége.

10. Tandis qu'en Espagne la juridiction du nonce diminuait notablement celle des évêques, en France le nonce n'avait aucune juridiction ; il était regardé simplement comme l'ambassadeur d'un prince étranger. C'était là une des libertés dont on se montrait le plus jaloux, et chaque fois qu'un nonce voulut s'attribuer un territoire, des archives ou quelque marque d'autorité, le Parlement s'y opposa avec une extrême énergie.

11. Le légat *a latere* avait une juridiction ; mais, de peur qu'il n'en abusât, les papes ne pouvaient envoyer de légat en France qu'avec le consentement du roi. A son arrivée, le légat devait promettre par serment et par écrit qu'il n'userait de son pouvoir que conformément aux usages français, et autant qu'il plairait au roi. Ses bulles étaient examinées au Parlement, et, à sa sortie du royaume, il lui fallait laisser en France les registres et les

sceaux de sa légation, ainsi que l'argent provenant des expéditions, argent qui était employé en œuvres pies.

Les pouvoirs du vice-légat d'Avignon étaient soumis aux mêmes restrictions sur les terres de l'obéissance du roi.

12. Enfin, on avait aboli sous François Ier les franchises et asiles des églises et des monastères; c'était un droit fort ancien, mais qui, en protégeant le crime, amenait entre les deux puissances des conflits perpétuels. Un pareil droit était d'ailleurs un vrai partage de la souveraineté.

§ 3. — Prérogatives des papes reconnues ou concédées par les lois et usages de France.

Nous venons de voir que cette doctrine gallicane, dont on fait un épouvantail, se réduisait à conserver *l'ancien droit commun, et la puissance des ordinaires suivant les conciles généraux et les Institutions des saints Pères;* ce sont les paroles mêmes de Bossuet [1]. Mais on n'avait point maintenu cette sage distinction dans toute sa rigueur. De bonne heure les fausses décrétales avaient étendu la puissance du saint-siége; de leur côté, surtout depuis le seizième siècle, les rois de France avaient reconnu aux papes certains pouvoirs qui empiétaient sur la juridiction des ordinaires; aussi, comme le dit Fleury [2], *l'usage ne s'accordait pas toujours avec la raison.*

Ces prérogatives reconnues aux papes, Fleury les énumère dans l'ordre suivant :

1° Depuis plusieurs siècles, le pape seul était en possession d'ériger de nouveaux évêchés et de nouvelles métropoles, ou de les supprimer; on lui reconnaissait également le droit de transférer les évêques ou de leur donner des coadjuteurs. Dans l'ancien droit, l'autorité des conciles provinciaux suffisait pour l'érection des évêchés et des métropoles, et le concile de Nicée défendait les translations.

2° Depuis le concordat de 1516, le pape seul avait la provision des évêques sur la nomination du roi. Autrefois ce n'était pas le roi qui faisait l'élection, le clergé et le peuple élisaient l'évêque; depuis le treizième siècle, c'était le chapitre de la cathédrale qui jouissait de ce droit, que reconnaît la pragmatique sanction de

[1] Discours prononcé à l'ouverture des séances de 1682.
[2] *Discours sur les libertés*, p. 178.

saint Louis. Le roi avait sans doute une influence considérable sur les élections; mais ce n'était qu'une influence. A cette élection ainsi faite, il ne fallait que la confirmation du métropolitain, s'il s'agissait d'un évêque suffragant, ou la confirmation du pape, s'il s'agissait de remplir une métropole. Mais Léon X et François Ier se partagèrent un pouvoir qui ne leur appartenait ni à l'un ni à l'autre; le pape cédant au roi le spirituel et le roi lui accordant le temporel, ils établirent que ce serait le roi qui choisirait l'évêque, et le pape qui le confirmerait. Ce changement, qui ruinait l'indépendance politique et religieuse de l'Eglise gallicane, fut longtemps combattu par les parlements et par le clergé même. Le Parlement, il est vrai, enregistra le concordat, le 19 mars 1518, mais avec la formule : *Par très-exprès commandement du roi plusieurs fois réitéré,* ce qui, dans les idées parlementaires, était une preuve de contrainte et emportait la nullité de l'enregistrement. Quant au clergé, qui regretta toujours la pragmatique, en 1636 il protestait encore contre le concordat de 1516, et demandait le rétablissement de la pragmatique sanction de 1438 qui donnait l'élection au chapitre [1]. Du reste, il est à remarquer que la lutte entre les deux puissances n'a jamais été plus vive que depuis qu'elles se sont partagé l'épiscopat.

3° Le concordat de 1516 changea l'élection des abbés, comme il avait changé celle des évêques. Le pape pourvut dès lors aux abbayes d'hommes sur la nomination du roi, et, pour obtenir ces provisions, on consentit que la pape prît les annates défendues par le concile de Bâle et la pragmatique. Suivant l'ancienne règle, bien plus favorable à la liberté, les moines élisaient leur abbé et le présentaient à l'évêque, de qui il recevait la juridiction.

4° Les abbayes de filles n'ayant pas été comprises dans le concordat, il semble que, conformément à l'ancien droit, l'élection eût dû appartenir aux religieuses et la confirmation à l'évêque. Mais, en fait, c'étaient le pape et le roi qui y pourvoyaient. Seulement, dans sa bulle, le pape supposait toujours l'élection des religieuses, et ne mentionnait la nomination du roi que comme une simple recommandation.

[1] *Mémoires du clergé,* édition de 1675, t. II, p. 248.

5° C'était encore contre l'ancien droit canonique, et suivant les nouvelles prétentions de la cour de Rome, qu'on avait reçu en France la prévention du pape sur les ordinaires pour la collation des moindres bénéfices. Ce droit, établi par l'usage, sur le fondement de la juridiction immédiate par toute l'Eglise, que les ultramontains attribuent au pape, avait été reconnu par le concordat; mais la jurisprudence le restreignait, en le considérant comme odieux et contraire au droit des collateurs.

Néanmoins, c'était à Rome qu'on s'adressait toutes les fois qu'on voulait éluder la sévérité des anciens canons touchant les bénéfices. C'est au pape qu'on demandait d'autoriser la pluralité des bénéfices dans les mêmes mains, la constitution de pensions, ou les résignations en faveur d'un tiers. Rome prenait ainsi une part effective à l'administration des biens de l'Eglise, et avait toutes les faveurs dans ses mains.

6° C'est également au pape, considéré comme loi vivante de l'Eglise, qu'on s'adressait pour demander une foule de dispenses; dispenses pour mariages entre parents, au degré prohibé par les canons, dispenses pour se faire restituer de ses vœux, dispenses pour réhabilitation contre les censures et irrégularités. En un mot, comme le dit trop justement Fleury, *c'était une coutume, établie depuis longtemps en France, que de recourir à Rome, toutes les fois que l'on voulait obtenir quelque chose contre les règles* [1].

7° Les priviléges des réguliers étaient encore du genre des dispenses; ces priviléges étaient de deux sortes: 1° l'exemption de la juridiction des ordinaires, et 2° le pouvoir d'exercer partout les fonctions ecclésiastiques. Ces deux priviléges supposaient la juridiction souveraine et immédiate du pape par toute l'Eglise, et faisaient des moines une milice spirituelle, qui ne reconnaissait d'autre autorité que celle de Rome.

Il est vrai que le concile de Trente avait essayé de ranimer la juridiction des évêques, en corrigeant ce qu'il y avait d'excessif dans ce privilége, et que les restrictions du concile avaient été introduites en France par les ordonnances et les arrêts. Suivant les usages gallicans, aucun couvent, aucune communauté ne pouvaient être établis dans un diocèse sans le consentement de

[1] *Discours sur les libertés*, p. 140.

l'évêque, aucun régulier ne pouvait officier, prêcher, confesser sans la permission expresse de l'ordinaire. Mais, malgré ces justes restrictions, ces grands corps de réguliers, dont les généraux étaient à Rome, ne laissaient pas de faire une hiérarchie à part dans l'Eglise. Toujours soigneux de conserver et d'étendre leurs priviléges, ils étaient les plus ardents défenseurs des prétentions romaines, car c'était de Rome qu'ils attendaient tout, et l'autorité du pape servait la leur.

On voit donc que, malgré les libertés gallicanes, la puissance du pape était fort grande en France, et qu'elle dominait les personnes et les choses religieuses. La seule barrière qui l'arrêtait, c'était la royauté, soutenue par les parlements; l'épiscopat n'était pas en cause; depuis 1516, il était entièrement tombé dans la dépendance du pape et du roi.

§ 4. — Des Parlements.

Pendant que les papes étendaient ainsi leur juridiction et leur influence, et faisaient plier les anciens canons sous la doctrine de l'infaillibilité, d'un autre côté les parlements et les gens du roi ne portaient pas de moins rudes atteintes à l'indépendance de l'Eglise, et, tout en faisant sonner bien haut le nom de *libertés*, ils essayaient de soumettre l'Eglise à l'Etat. C'est ce que Bossuet appelait des *libertés de l'Eglise toujours employées contre elle-même* [1]. Du côté du roi comme du côté du pape, il y avait un empiétement continuel sur la liberté des premiers temps. *Quand il s'agit de censurer le pape*, dit Fleury [2], *on ne parle que des anciens canons. Quand il est question des droits du roi, aucun usage n'est nouveau ni abusif.* Fleury a raison. Souvent, il est vrai, le Parlement ne faisait que retirer des mains de l'Eglise une part de la souveraineté temporelle usurpée depuis longtemps, souvent aussi c'était un envahissement véritable sur les droits légitimes de l'épiscopat, et il est difficile qu'un esprit impartial ne blâme pas tour à tour Rome et les Parlements.

Ces prétentions royales que nos anciens jurisconsultes rangaient parmi les libertés gallicanes, et que Fleury nommait des *servitudes*, peuvent se ramener aux points suivants.

[1] Oraison funèbre du chancelier Le Tellier.

[2] *Discours sur les libertés*, p. 157.

1° La nomination des évêques appartenait au roi ; cette nomination a été conservée dans les concordats modernes, mais il faut avouer que rien ne justifie ce rôle spirituel de la royauté. Ces élections qui mêlent le prince aux affaires de l'Eglise et forcent l'Etat à s'inquiéter des questions de foi et de doctrine nous paraissent aussi nuisibles à la religion qu'au gouvernement.

2° Le roi avait le droit de régale sur les évêchés du royaume. En vertu de ce droit il s'attribuait les revenus des Eglises vacantes, et conférait les bénéfices vacants, au préjudice du patron ecclésiastique. Ce droit, d'origine féodale, se trouve exercé dès le douzième siècle sur quelques évêchés, mais le Parlement l'étendit à l'infini, sous le prétexte spécieux que le roi n'avait point de supérieur en son royaume. C'était oublier que le droit de conférer des bénéfices n'était pas un droit purement temporel, puisque cette concession donnait à l'Eglise un ministre qu'elle n'avait pas désigné.

3° Le roi avait le droit de faire des levées de deniers sur les ecclésiastiques. L'usage de faire contribuer l'Eglise aux dépenses de l'Etat devint ordinaire depuis le seizième siècle. Fleury défend l'immunité de l'Eglise, en disant que depuis le onzième siècle c'était une maxime constante, en France comme ailleurs, que les personnes et les biens consacrés à Dieu étaient exempts de toutes charges. Il est certain que le quatrième concile de Latran, tenu en 1215, sous Innocent III, avait défendu expressément au clergé de consentir aucune contribution, même volontaire, sans consulter le pape, et que ce concile, reçu en France, était un des fondements de la discipline. Mais Fleury oublie qu'on ne prescrit pas contre la souveraineté, que les biens d'un territoire sont la propriété exclusive de ceux qui l'habitent, et qu'admettre une immunité soumise au bon plaisir de Rome, c'est vraiment partager la puissance publique. Sur ce point, il nous semble que le Parlement avait complétement raison; la résistance du clergé à défendre un privilége injuste a été une des causes de la révolution de 89 ; il est probable qu'en se résignant sous Louis XV à contribuer aux charges publiques, comme le demandait M. de Machault, le clergé eût sauvé l'Eglise des malheurs qui l'ont accablée. Aujourd'hui la soumission absolue de toutes les propriétés à l'impôt est une de ces questions qu'on ne discute plus.

4° Parlons enfin de la juridiction séculière, et surtout de l'appel comme d'abus, que Pasquier appelle le *moyen de brider sans scandale la puissance des prélats*, et que Fleury nomme la *grande servitude de l'Eglise gallicane*.

A mesure que la royauté reprit des forces, elle voulut retirer des mains de l'Eglise la société laïque qui, dans la plupart des actes de la vie civile, se trouvait soumise à la puissance des canons. On peut voir à ce sujet les réclamations qu'élevait Pierre de Cugnères, avocat du roi, en 1329, réclamations qui nous sont connues par les réponses de son adversaire, Pierre Bertrandi, évêque d'Autun, et défenseur de la juridiction ecclésiastique. Pierre de Cugnères se plaignait, et avec raison, que les juges ecclésiastiques étendaient le privilége clérical de telle façon que toutes les affaires leur appartenaient. Ils prenaient connaissance des causes réelles et mixtes quand les clercs y avaient un intérêt engagé; ils revendiquaient tout criminel qui se disait clerc, sans même porter l'habit ou la tonsure; ils donnaient la tonsure à qui voulait pour s'acquérir plus de sujets. Sous divers prétextes, ces juges s'attribuaient juridiction sur les laïques; le serment qu'on joignait à la plupart des obligations leur donnait la connaissance des contrats; l'exécution des legs pieux leur donnait la connaissance des testaments, les scellés et les inventaires; ils jugeaient du mariage et des conventions matrimoniales, parce qu'il y avait là un sacrement, et se réservaient les causes des veuves et des orphelins parce que l'Eglise prenait ces personnes sous sa protection. Enfin, ils abusaient de l'excommunication qui, dans leurs mains, devenait une simple voie d'exécution civile. On excommuniait le débiteur qui ne payait pas, on obligeait le juge laïque à contraindre les excommuniés à se faire absoudre, sous peine pour le juge laïque d'être lui-même excommunié; on défendait de rien vendre aux excommuniés, ni de communiquer avec eux; dès que le juge refusait d'obéir on mettait son ressort en interdit, et on joignait l'amende à la censure. La juridiction ecclésiastique enveloppait ainsi toute la société, confondant le droit et la religion, et faisant un délit ecclésiastique de ce qui n'était pas même un péché.

Il fallut plus d'un jour pour reconquérir l'indépendance de la puissance civile, et quand cette indépendance fut assurée, la royauté, qui ne reconnaissait point de supérieur et qui s'appuyait

sur les lois romaines et sur les constitutions de Théodose et de Justinien, revendiqua pour elle la connaissance des causes mixtes, c'est-à-dire des causes où sont engagés en même temps un intérêt civil et un intérêt religieux.

1° C'est ainsi qu'au temps de Louis XIV ce n'était plus le juge ecclésiastique qui connaissait de la séparation de corps entre époux, c'était le juge laïque, et cela par la raison que la séparation de corps emportait la séparation de biens. L'Etat, du reste, revendiquait déjà la part légitime qui lui appartient dans le contrat de mariage, contrat qui intéresse la société non moins que la religion.

2° Toutes les matières bénéficiales se traitaient devant le juge laïque, sous prétexte du possessoire ; les gens du roi ne permettaient même pas qu'on se pourvût au pétitoire devant le juge ecclésiastique, quoique la loi autorisât ce recours. De là résultait ce grave inconvénient que l'évêque n'avait pas toujours le libre choix de ses ministres, et qu'un prêtre pouvait se faire mettre en possession d'une cure, encore bien que l'évêque eût préféré un autre candidat. Il est vrai qu'à laisser toute décision à l'évêque, on l'eût fait maître des droits de patronage qui ne lui appartenaient pas, et que souvent il lui eût fallu décider des questions de pur droit civil. L'empiétement de juridiction tenait au caractère mixte de la propriété religieuse.

3° Une raison semblable faisait qu'à propos du possessoire les juges laïques s'étaient attribué la connaissance des dîmes et des portions congrues des curés. Et il est difficile qu'il n'en soit pas ainsi partout où il y aura un domaine ecclésiastique. Toute question de possession sera toujours une question civile qui intéresse trop l'Etat pour qu'il s'en dessaisisse aisément.

4° Restaient les causes personnelles entre les clercs, causes qui étaient de la compétence du juge ecclésiastique, même suivant la loi civile ; mais on les avait peu à peu attirées au tribunal séculier, soit qu'il s'y trouvât mêlée quelque action réelle ou hypothécaire, soit que les clercs eux-mêmes préférassent un tribunal plus en vue et dont les jugements emportaient exécution parée.

5° C'est ainsi que la juridiction civile presque tout entière avait fait retour à l'Etat. Quant à la juridiction criminelle, on en

était revenu au droit de l'empire romain et à l'égalité de tous les justiciables devant la loi. Pendant cinq ou six siècles, les clercs n'avaient connu de tribunal que celui de l'Eglise, mais depuis le quinzième siècle on introduisit la distinction des cas privilégiés, c'est-à-dire des crimes atroces dont le juge laïque pouvait prendre connaissance, nonobstant le privilége de clergie, qui était passé en droit commun. Il était resté au juge ecclésiastique le droit d'instruire le procès conjointement avec le juge laïque, mais on ne se croyait plus obligé de l'appeler, et, pour exécuter le jugement, on n'attendait plus que l'Eglise prononçât la dégradation du coupable.

6° Les évêques seuls avaient conservé leur privilége et ne se reconnaissaient pas justiciables du Parlement ; mais les jugements étaient si rares, qu'en ce point il n'y avait pas de règle assurée. L'épiscopat protestait à la fois contre les prétentions du pape et contre celles du Parlement ; au dix-septième siècle, il défendait encore le jugement canonique par les évêques de la province [1]. C'est ce qui parut dans l'affaire du cardinal de Retz, en 1657. Du reste, il est visible que les rois de France ne se souciaient pas de soulever de pareilles difficultés, et, comme le dit Fleury (*l. c.*), *de pareils jugements sont encore plus rares que les conciles, et si, par malheur, il se trouve un évêque scandaleux, ses crimes sont regardés comme des maux sans remède, que l'on tolère jusques à sa mort.*

7° Enfin, les appels comme d'abus avaient achevé de ruiner la juridiction ecclésiastique.

L'appel comme d'abus était une plainte portée contre le juge ecclésiastique qui avait excédé son pouvoir ou entrepris en quelque façon contre les libertés de l'Eglise gallicane, ou contre la juridiction séculière. C'était l'arme avec laquelle l'Etat se défendait contre les envahissements du clergé. Aussi, cette procédure n'était-elle pas particulière à la France : le nom d'*appel comme d'abus* ne se trouve pas en d'autres pays, mais Venise et l'Espagne même, aussi bien que l'Allemagne, avaient trouvé des moyens équivalents pour se défendre contre les entreprises de la cour de Rome ou du clergé. En France, on trouve des traces de cette procédure dès le quatorzième siècle, ainsi qu'on en

[1] Fleury, *Discours sur les libertés*, p. 170

peut juger par les plaintes que Durand, évêque de Mende (neveu et successeur du célèbre *Speculator*), élevait déjà contre les juges séculiers. Mais on n'en fit un fréquent usage qu'après la pragmatique et le concordat, pour défendre les droits et les priviléges de la royauté.

Suivant les ordonnances, cet appel était un remède extraordinaire qui ne devait avoir lieu qu'en des occasions graves où l'Etat et la société étaient intéressés ; c'est pourquoi le procureur général y était toujours partie principale. Mais, dans la pratique, l'appel comme d'abus était passé en style ; ce n'était plus qu'une simple formule qui se prêtait à toute espèce d'affaire indifféremment ; on appelait d'un jugement interlocutoire, d'une simple ordonnance du juge, d'une cause sans importance. Le Parlement recevait toujours ces appels, et, une fois saisi, examinait le fond du procès, encore bien qu'on n'eût appelé que d'une procédure mal faite ; c'est ainsi qu'indirectement, malgré les plaintes du clergé et les ordonnances des rois, il avait anéanti la juridiction civile du clergé et confisqué une part de la juridiction religieuse. Le Parlement avait à la fois affranchi la royauté et empiété sur l'épiscopat.

§ 5. — Que reste-t-il des libertés gallicanes ?

La Révolution, en détruisant le clergé et en confisquant tous les biens de l'Eglise, anéantit les libertés gallicanes. La séparation de l'Eglise et de l'Etat semblait dès lors un fait accompli, et il ne manquait pas d'esprits judicieux qui, au retour de l'ordre, désiraient qu'on saisît cette occasion pour consacrer un principe aussi utile à l'Eglise qu'à l'Etat, et qui est une des conditions les plus favorables à la liberté. Bonaparte en jugea autrement et voulut renouer les anciennes relations de l'Eglise et de la royauté. Pour cela il fallait s'entendre avec le pape, car on voulait établir un nouvel épiscopat. Le concordat de 1801 reconnut donc au pape un pouvoir absolu pour reconstituer l'Eglise de France ; par un seul acte, tous les évêchés furent supprimés, ceux même dont l'établissement était aussi ancien que le christianisme dans les Gaules, et de nouveaux diocèses furent créés, sans égard aux anciennes limites. Tous les évêques de l'Eglise gallicane furent dépouillés de leurs évêchés, ou du moins on leur demanda une

démission qu'il ne leur était pas possible de refuser. Tous les chapitres, toutes les abbayes, tous les prieurés, tous les bénéfices, toutes les fondations, sans distinction et sans exception, furent anéantis ; tous les biens ecclésiastiques irrévocablement cédés à l'Etat. Ce fut une nouvelle Eglise, créée et instituée par le pape, qui remplaça l'ancienne Eglise gallicane ; la tradition historique fut interrompue ; on ne se rattacha plus aux premiers apôtres des Gaules, la source du pouvoir des nouveaux évêques fut Rome et la papauté.

Que cette mesure sans analogue dans l'histoire fût nécessaire et légitime, c'est ce que l'Eglise de France a toujours reconnu ; mais, pour établir cette légitimité, il a fallu dès lors ne plus disputer au pape des prérogatives que lui refusait l'ancienne Eglise gallicane ; il a fallu confesser que, dans certaines circonstances, l'autorité du pape est souveraine et s'élève au-dessus des canons. Ainsi, par la force des choses, le pape est devenu le chef direct d'une Eglise qu'il a fondée.

Bonaparte ne prévit point ces conséquences ; en faisant rédiger les articles organiques qu'il joignit de sa seule autorité au concordat de 1801, il crut rétablir ce qui restait encore des libertés gallicanes. Nécessairement le nombre en était fort réduit, car, avec la suppression des bénéfices, était tombée toute cette partie de la jurisprudence qui défendait le sol de la France contre les prétentions romaines. Les évêques et les prêtres étaient salariés par l'Etat, les églises et les cures appartenaient aux communes ou aux départements, il n'y avait plus de *biens ecclésiastiques* dans le sens canonique du mot ; la loi ne reconnaissait sur son territoire qu'une seule espèce de propriété, et déclarait qu'en France tous les immeubles étaient régis par la loi française (Code Napoléon, art. 3).

Que restait-il donc des libertés gallicanes? Certaines précautions prises contre le pape considéré comme prince étranger, telles que la vérification des bulles et rescrits de la cour de Rome, le droit de ne point recevoir de légats *à latere*, la réception des synodes et conciles, etc.; et, à côté de cela, le maintien de certaines règles qui découlent de la souveraineté même, telles que le droit pour l'Etat de ne souffrir sur son territoire aucune assemblée, aucune association, aucune communauté non autorisée; l'appel comme d'abus pour défendre l'Etat contre des

entreprises sur le temporel, et enfin la police extérieure du culte. C'est à cela que se réduisent ces articles organiques, contre lesquels le pape se crut obligé de protester, suivant l'usage constant de Rome, qui *en droit* ne cède jamais rien de ses prérogatives, quoique souvent *en fait* elle accepte tout. Malgré ces protestations, les articles organiques ont subsisté depuis un demi-siècle, sans que l'Eglise en ait éprouvé le moindre préjudice : tout au contraire elle a repris plus de puissance sur les âmes qu'elle n'en a jamais eu sous l'ancienne monarchie.

Que sera l'avenir ? il est difficile de le prévoir. Il est possible cependant que, faisant un nouveau pas vers la liberté, l'Eglise se détache plus complétement de l'Etat et jouisse d'une plus grande indépendance ; ce sera la chute des dernières mesures de discipline que l'Etat emploie contre l'épiscopat, mais il n'en restera pas moins tout un ensemble de règles qui protégera la souveraineté temporelle contre les envahissements possibles de l'Eglise. De ce côté, on peut affirmer qu'il y a un élément impérissable dans les libertés de l'Eglise gallicane, et nous pouvons dire, en finissant, avec l'illustre Portalis : « Concluons que la « maxime de l'indépendance du gouvernement dans les choses « temporelles est la loi suprême des empires, qu'elle ne peut « pas être regardée comme un droit particulier à la France ou « à quelques autres nations privilégiées, mais qu'elle appar- « tient au genre humain [1]. »

BIBLIOGRAPHIE.

1° *Libertés de l'Eglise gallicane*, rédigées en quatre-vingt-trois articles, par Pierre Pithou ; Paris, 1594, in-12.

2° *Preuves des libertés de l'Eglise gallicane* : Paris, 1639, 1651, 1731, 1771. Toutes ces éditions sont différentes, sauf la dernière, donnée en 1711, en 5 vol. in-4°, par Durand de Maillane, édition qui contient toutes les autres.

3° *Defensio declarationis cleri gallicani*, dans les œuvres de Bossuet.

4° Fleury, *Institution au droit ecclésiastique* ; Paris, 1679,

[1] Discours et rapports sur le concordat de 1801. Paris, 1845, p. 129.

1687, etc., 2 vol. in-12, souvent réimprimés. — *Discours sur les libertés de l'Eglise gallicane*, dans les NOUVEAUX OPUSCULES; Paris, 1818, 1 vol. in-12.

5° *Discours, rapports et travaux sur le concordat de* 1801, par J.-M. Portalis; Paris, 1845, in-8°.

6° *Manuel du droit public ecclésiastique français*, par M. Dupin; 4e édition, 1845, 1 vol. in-12.

ED. LABOULAYE.

BIBLIOGRAPHIE.

Théorie et pratique des obligations ou *Commentaire des titres III et IV, livre III du Code Napoléon*, par M. L. LAROMBIÈRE, président à la Cour impériale de Limoges. — 5 vol. in-8°, chez Durand, libraire à Paris, rue des Grès-Sorbonne, 7. Prix : 40 francs.

La théorie des obligations est une des plus belles matières que puisse aborder un jurisconsulte. Elle domine l'ensemble du droit civil et sert de base à l'interprétation non-seulement des contrats nommés, dont le Code Napoléon nous présente les règles avec détail dans son livre III, mais encore de tous les contrats que peut engendrer l'infinie variété des affaires et des besoins sociaux. On doit féliciter le savant auteur de l'ouvrage dont nous allons rendre compte, d'avoir consacré ses veilles à l'exposé de cette branche importante de notre droit privé. Certains critiques avaient prétendu qu'après le chef-d'œuvre de Pothier, tout commentaire de cette partie du Code Napoléon, tirée presque entièrement du *Traité des obligations*, était superflu. MM. Toullier et Duranton démentirent cette assertion, au moins prématurée, en traitant cette matière avec un grand succès dans leurs savants ouvrages, qui ont fondé en France la jurisprudence nouvelle.

Bientôt après, les excellentes doctrines que l'enseignement si élevé de la Faculté de droit de Paris, et notamment celui de MM. Demante, Oudot et Valette, avait élaborées et propagées dans la jeunesse studieuse, pendant plus de vingt ans, élargirent singulièrement le champ de l'interprétation juridique [1]. Mais leur mérite le plus remarquable consista surtout dans une tendance constante à rectifier et à préciser le langage de la science, la nomenclature juridique; et, sous ce rapport, l'influence de l'école de *la Thémis*, et des romanistes éminents qu'elle porta au pre-

[1] Nous avons pu nous convaincre, par nos propres notes, qu'un jurisconsulte fort regrettable, Marcadé, a beaucoup puisé à cette source, surtout dans son Commentaire du titre des obligations conventionnelles.

mier rang de la science, MM. Blondeau, Ducaurroy et le célèbre doyen de la Faculté de Paris, M. Pellat, s'exerça d'une manière très-heureuse au profit de la rigueur et de la netteté de la langue du droit.

Il y a donc aujourd'hui, sous ce point de vue, des éléments nouveaux d'un travail original sur les obligations. — Mais il en est d'autres plus importants encore, et qui tiennent au fond même de la matière. Les rédacteurs du Code Napoléon ne se sont pas bornés à reproduire les décisions de Pothier ; souvent, au contraire, ils s'en sont écartés, ou ne les ont adoptées qu'en partie, ou bien ils les ont passées sous silence. De là nécessité de faire la part des innovations dans la législation actuelle. De plus, la combinaison des textes renfermés dans d'autres titres du Code, avec ceux qui s'occupent spécialement des obligations, a fait naître des difficultés imprévues.

N'oublions pas, en outre, que Pothier avait puisé dans son immense travail sur les Pandectes les matériaux de ses traités de droit français. Mais il avait interprété le droit romain au moyen des ressources que lui offrait la science de son temps. Aujourd'hui, la découverte de textes inconnus et les travaux de l'école moderne, en Allemagne et en France, ont éclairé d'un jour nouveau la jurisprudence classique. Il peut être non-seulement curieux, mais utile au point de vue de l'interprétation du Code civil, de soumettre à un contrôle sévère les arguments que l'on veut tirer des Pandectes, et de rectifier la filiation de certaines doctrines prétendues romaines. Enfin, il est une considération plus grave encore qui nous paraît démontrer l'utilité d'approfondir encore la théorie des obligations ; c'est que les principes d'ordre public et d'économie sociale, non pas créés, mais consacrés en 1789, réclament une haute part d'influence dans l'examen et la solution des problèmes que fait naître aujourd'hui la liberté des conventions. Il ne faut pas oublier que les monopoles, les priviléges, les jurandes et les corporations ont, en disparaissant, laissé le champ libre à l'activité individuelle au point de vue commercial et industriel, en même temps que le sol était débarrassé de ses entraves et entrait dans le mouvement des échanges par l'abolition de la féodalité.

La sphère des conventions s'est donc élargie au grand profit de la richesse individuelle, et par cela même au profit de la

prospérité publique ; et, avec elle, la mission du jurisconsulte a dû s'étendre également.

Ainsi, tout n'est pas dit sur les obligations ; et M. Larombière a entrepris une œuvre éminemment utile en s'attachant aux fondements mêmes de la science juridique, alors que tant de jurisconsultes contemporains ont cru devoir commencer leurs travaux d'ensemble soit par le droit des personnes, soit par certaines parties du droit sanctionnateur, comme les hypothèques, etc., ou par l'exposé des règles de certains contrats. Le savant magistrat a préféré avec raison développer d'abord les principes des obligations, ce qui lui permettait d'y rattacher les questions de détail les plus importantes relatives aux contrats nommés. Malgré notre préférence pour le classement *à priori* des matières du droit, nous ne lui reprocherons pas d'avoir adopté la forme du commentaire, puisqu'elle répondait mieux à son but et aux besoins de la pratique ; sous ce rapport même, il est certain que son choix doit contribuer au succès du livre.

Ce succès nous paraît assuré, et l'opinion publique ratifiera sans doute l'éclatante marque de distinction que le gouvernement vient d'accorder au savant auteur de la *Théorie des obligations*, en lui conférant, par décret spécialement motivé sur le mérite de son remarquable ouvrage, la décoration de la Légion d'honneur. L'honorable magistrat a donné à son commentaire des proportions assez vastes pour embrasser toutes les difficultés soulevées jusqu'ici par la doctrine et la jurisprudence. Il analyse les arrêts les plus importants, sans tomber dans l'abus de ces dissertations qui font d'un livre de droit un recueil de rapports ou de plaidoyers. Consacrer un temps précieux au développement ou à la longue discussion d'une espèce, c'est empiéter sur la mission des arrêtistes.

Nous avons constaté avec plaisir que l'éminent magistrat n'a pas négligé le droit romain, qu'il cite généralement avec exactitude, en s'appuyant de l'autorité des auteurs, mais en vérifiant les textes. On doit se féliciter de cet hommage rendu à la source de toute théorie juridique, par un membre élevé de l'ordre judiciaire.

En général, M. Larombière résume avec une grande netteté les arguments des auteurs sur les questions les plus célèbres, et ses solutions sont souvent celles qui nous paraissent les meil-

leures. Plus d'une fois il fait preuve d'une grande indépendance d'esprit, et ne craint pas de s'écarter de la voie frayée pour combattre avec énergie la jurisprudence ou la doctrine la plus commune.

Mais le mérite spécial de l'auteur est surtout, à notre avis, dans son style, toujours clair, concis, ferme et élégant. En prenant Toullier pour modèle, M. Larombière a eu la bonne fortune de s'en rapprocher sous le rapport de la forme; on peut en juger par une citation que nous regrettons de ne pouvoir faire plus étendue.

L'auteur (p. 38 du tome I[er]), après avoir dit qu'il ne faut pas confondre la nullité du contrat avec le défaut, l'insuffisance ou l'illégalité de la preuve, ajoute : « Sans doute, le contrat dont « l'existence n'est pas prouvée est en droit comme s'il n'existait « pas. Mais en fait il n'en a pas moins une existence réelle. La « preuve ne le crée pas plus que le soleil ne crée le monde en « l'éclairant. Ce n'est qu'une lumière qui tombe sur lui et le rend « visible; et il n'apparaît que parce qu'il existait déjà. Cet « axiome de la métaphysique scolastique : *Forma dat esse rei*, « appliqué, si l'on veut, à la forme des conventions, tout modifié « qu'il soit maintenant par les principes meilleurs d'une plus « saine philosophie, cet axiome signifie simplement qu'à défaut « d'une révélation extérieure qui témoigne de son existence, la « convention est comme si elle n'existait pas. » — La lecture des cinq volumes de M. Larombière est toujours facile et agréable, et le livre est bien disposé pour la commodité des recherches.

Après avoir rendu justice à l'auteur, nous voudrions pouvoir lui proposer les observations critiques et les doutes que nous ont suggérés plusieurs passages de son livre. Malheureusement l'espace ne nous permet pas de remplir ici cette tâche d'une manière complète. Du reste, la plupart des points sur lesquels nous différons d'opinion avec le savant magistrat se rattachent à des questions de nomenclature scientifique. Mais l'exactitude du langage est une condition essentielle des progrès d'une science si fertile en discussions, et c'est ce qui justifie à nos yeux la nécessité d'un débat sur des questions que la pratique dédaigne trop souvent comme de pures questions de mots. C'est notamment dans le premier volume de l'ouvrage que nous avons trouvé plusieurs définitions ou propositions contestables, à notre

avis. Ainsi, nous ne pensons pas que le mot *convention* ait été réservé dans la pensée du législateur à la désignation des accords *dépourvus de tout effet juridique*, comme paraît le dire notre auteur (p. 3 et 4). Il nous semble, au contraire, que le mot *convention, in genere*, quand on l'emploie dans la science du droit, signifie toujours un pacte productif d'effet juridique. Seulement, quand cet effet consiste dans une obligation, la convention devient un *contrat;* mais l'effet peut être tout autre, par exemple, l'extinction d'une dette, comme dans le cas de remise de la dette par convention; on peut concevoir aussi très-bien une convention translative de propriété ou de droit réel, et qui n'engendrerait aucune obligation proprement dite. Ce ne sera pas alors un contrat. Notre manière de parler semble d'ailleurs plus conforme à l'article 1101 C. Nap. — Nous regrettons encore que le savant magistrat n'ait pas expliqué ou rectifié la définition que l'article 1104 donne des contrats commutatifs, et qui semble les confondre avec les contrats synallagmatiques. Mais cela peut se rattacher à une doctrine de l'auteur qui paraît ne pas admettre en général l'existence de contrats unilatéraux (p. 24, n^os^ 1, 2 et 3). L'article 1889, qu'il cite pour prouver que dans le *mutuum* le prêteur s'oblige, puisqu'il ne peut réclamer la restitution de la valeur prêtée, avant le terme fixé, ne lui impose pas *une obligation véritable*. Il n'y a là, pour le prêteur, qu'une absence de droit; ou plutôt il y a une simple modalité de la dette de l'emprunteur.

On ne s'étonnera pas sans doute de nous voir repousser de toutes nos convictions une théorie que M. Troplong avait déjà qualifiée d'*hérésie juridique*, et que cependant M. Larombière n'hésite pas à s'approprier. Suivant le savant auteur, toute obligation de donner, même en prenant le mot *sensu lato*, produit un droit réel, et il en conclut que le commodataire a un droit de cette nature (p. 379).

Nous pourrions faire observer d'abord que l'article 1875, invoqué par l'auteur, suppose un commodat, et que ce contrat *se forme* RE. Mais plaçons-nous dans le cas d'une *promesse de faire* un commodat, comment est-il possible de dire que le stipulant acquiert un droit réel? En effet, le caractère le plus incontestable d'un droit réel consiste dans le droit de préférence, qui le rend opposable à la masse des créanciers chirographaires

du débiteur. Or, les articles 2092 et 2093 C. Nap. ne permettent pas d'accorder un pareil droit au stipulant dans l'espèce. S'il en est ainsi, nous ne pouvons concéder à M. Larombière que le *promettant ait aliéné les services de la chose*, qu'il se soit interdit d'aliéner au détriment du stipulant, et que celui-ci ait la faculté de revendiquer entre les mains d'un tiers détenteur, et même d'un tiers acquéreur, la chose qu'on a promis de lui prêter ! Jamais ni les Romains, ni nos anciens jurisconsultes n'ont imaginé une semblable doctrine, et nous n'avons pas dans le Code un autre article 1743 pour l'étayer; aucun intérêt public ne vient même recommander cette décision si nouvelle. — En invoquant le témoignage des anciens auteurs sur l'effet de l'obligation de donner, M. Larombière nous a paru confondre deux choses bien distinctes : l'effet de l'*executio judicati in rem*, admis par Dumoulin et Pothier (*Obl.*, nos 156 et 303), avec une véritable action réelle, opposable aux tiers.

Nous signalerons encore à l'auteur un exposé incomplet de la distinction des causes de nullité absolue et des causes de nullité relative, à propos des articles 1108 et suivants, et une contradiction au moins apparente entre la décision de la page 168, n° 11, d'après laquelle le délire, qui enlève l'usage de la raison, ne produirait qu'un vice de consentement, et celle de la page 170 où nous lisons qu'il produit une nullité absolue. C'est un point à éclaircir ou à rectifier dans une seconde édition.

Enfin, nous terminerons en demandant à l'auteur plus d'indulgence ou de justice pour l'économie politique dont l'étude nous paraît fort utile aux jurisconsultes, et que le savant magistrat (p. 577) ne semble pas apprécier avec l'équité qui lui est habituelle.

GUSTAVE HUMBERT,
Docteur en droit.

Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron, par G. DE CAQUERAY, professeur de droit romain à la Faculté de droit de Rennes.—1 vol. grand in-8; Paris, chez A. Durand, 1857.—Prix, 8 fr.

Dans l'étude du droit romain, l'intérêt scientifique est en raison inverse de l'intérêt pratique. Depuis que nous ne voyons plus des lois dans les écrits des Prudents, nous admirons avec toute liberté et un sens purement critique ce grand effort de la raison

humaine. Le travail ainsi conçu, une large place doit être faite aux œuvres de Cicéron. Par son âge, Cicéron est contemporain de la révolution politique dont la jurisprudence civile va recevoir le contre-coup. Bientôt le droit ne sera plus la règle de la cité, mais la loi du monde romain tout entier. Philosophe, Cicéron prépare cette transformation. Mais ses travaux ne se bornent pas à la spéculation pure. Romain, il a le culte des mœurs des ancêtres. Orateur, il s'attache aux institutions antiques, en explique le sens, en développe la majesté. Ce n'est pas assez pour ce génie multiple : il ne dédaigne ni les finesses de la grammaire, ni les subtilités de la sophistique. Et, ce qui est surtout important pour l'histoire du droit, ce philosophe, cet orateur, ce personnage consulaire est un avocat rompu à la pratique de la plaidoirie. Malgré son dédain superbe pour les questions de gouttière et de mur mitoyen, il sait, pour les besoins de la cause, aborder et discuter à fond les points ardus de la jurisprudence positive. Cette partie des œuvres de Cicéron est lettre close pour les littérateurs étrangers aux études juridiques. De son côté, le jurisconsulte, admirateur parfois trop exclusif de Gaïus et de Papinien, néglige de remonter plus avant, d'étudier les maîtres de ces maîtres, de renouer enfin la tradition qui, par Brutus et Scævola, conduit aux Douze Tables. Cicéron est le principal anneau de cette chaîne; il relie l'antique jurisprudence à l'ère nouvelle qui s'ouvre à Auguste et aux deux chefs d'école, Labéon et Capiton. C'était donc un service notable à rendre à la fois aux littérateurs et aux jurisconsultes que de leur présenter, réunis en faisceau, tous les passages de droit privé contenus dans les œuvres de l'orateur romain. Telle est la pensée qui a inspiré la récente publication de M. de Caqueray, professeur à la Faculté de droit de Rennes. « Le jurisconsulte et le littéra-« teur, dit-il en sa préface, doivent avoir un grand intérêt à « connaître les passages de droit contenus dans les œuvres de « Cicéron. Avec notre ouvrage, le premier en aura de suite « connaissance, sans être obligé de se livrer à de longues re-« cherches; le second, qui serait arrêté dans la lecture de « l'orateur romain par des passages de droit, pourra consulter « l'explication que nous en donnons. » — Ajoutons que le jurisconsulte trouvera, lui aussi, à faire son profit du commentaire.

On ne peut manquer de donner un plein assentiment à la pensée du travail de M. de Caqueray. En est-il de même de sa méthode et de son plan? L'auteur aborde successivement les œuvres de Cicéron. De chaque ouvrage il extrait les passages relatifs au droit privé ; puis il traduit et commente. Ce procédé offre les avantages d'exactitude et de rigueur, particuliers à l'exégèse; mais il ne peut échapper à l'inconvénient des redites et des renvois. Quelques-uns préféreraient un classement méthodique des matières permettant d'apprécier avec ensemble l'état de la jurisprudence au temps de Cicéron. M. de Caqueray a reculé sans doute devant le danger de produire une œuvre systématique ; il a mieux aimé s'effacer derrière son modèle. Sa méthode est la plus sûre pour celui qui veut puiser à la source et étudier Cicéron dans ses œuvres. Si donc il est vrai qu'avec un autre plan M. de Caqueray eût pu faire un livre plus attrayant, il ne pouvait offrir aux sérieux amateurs de l'antiquité un travail plus utile ni plus consciencieux. G.-D.

Du louage d'industrie, du mandat et de la commission, en droit romain, dans l'ancien droit français et dans le droit actuel, par J.-J. CLAMAGERAN, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris: ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris. — 1 vol. in-8°; Paris, Durand, éditeur, rue des Grès, 7. Prix : 6 francs.

Les contrats qui font l'objet du traité publié par M. Clamageran offrent entre eux de nombreuses analogies; mais ils présentent aussi des différences notables, et souvent difficiles à caractériser nettement. Le louage d'industrie, le mandat et la commission embrassent des prestations de services, soumises à des règles juridiques, dont l'étude et la comparaison font naître des questions du plus haut intérêt; et l'on comprend sans peine que la Faculté de droit de Paris ait choisi cette matière pour sujet du concours qui s'ouvre annuellement devant elle entre les docteurs reçus l'année précédente. L'ouvrage dont nous allons rendre compte a obtenu la première médaille en 1853, et le public ne saurait manquer de ratifier le suffrage des savants professeurs de l'école de Paris. Nous croyons pouvoir affirmer, après une lecture attentive du livre de M. Clamageran, qu'il est

appelé à occuper un des premiers rangs parmi les meilleures monographies dont ce concours a amené la publication.

L'auteur ne s'est pas contenté de discuter, au point de vue purement théorique, les graves difficultés que soulève la matière. On voit qu'il s'est mêlé sérieusement aux luttes de la pratique, et qu'il sait faire la part des exigences et des besoins du palais. Nous n'avons donc pas à analyser ici une simple thèse académique, mais bien un livre d'un intérêt puissant et actuel.

L'ouvrage de M. Clamageran emprunte sa division principale aux termes mêmes de la question qui lui était posée : il renferme trois parties, dont la première est consacrée au droit romain, la seconde à l'ancien droit français, et la troisième au droit actuel. Dans chacune de ces parties, l'auteur a adopté et suivi un classement uniforme des matières, marqué au coin d'une logique vigoureuse. Il est facile de reconnaître que M. Clamageran a fait une étude approfondie des travaux si remarquables de notre savant professeur M. Oudot, sur le meilleur ordre à suivre dans la distribution des matières de la science juridique. Sans s'attacher servilement à l'ordre proposé par cet éminent jurisconsulte, l'auteur s'en est notablement rapproché. En exposant successivement, à l'occasion de chacun des contrats de louage, de commission et de mandat, leur origine, leur définition, leur formation, leurs effets et leurs causes d'extinction, il a développé d'une manière très-simple, très-rationnelle et sans abuser des subdivisions, toutes les parties de son vaste sujet.

L'exposé du droit romain présente, en soixante et onze pages, une analyse généralement exacte et suffisamment approfondie des principes de la matière. M. Clamageran n'a pas cru devoir entrer dans une discussion détaillée de toutes les espèces prévues au Digeste, et des questions nombreuses que font naître les titres relatifs à son sujet. Mais il n'a négligé aucune question de principe, et nous signalerons particulièrement, comme digne de l'attention des romanistes, la théorie de l'auteur sur la détermination du mandat salarié.

En abordant l'ancien droit français, M. Clamageran a très-bien compris que les règles du droit romain n'avaient pas cessé de former le fonds commun, que les législations postérieures avaient seulement modifié plus ou moins complétement. Dès lors, il suffisait d'insister sur les changements apportés aux principes

traditionnels. En revanche, ces modifications ont été l'objet d'une étude consciencieuse ; et quiconque est un peu familiarisé avec les sources de notre droit reconnaîtra facilement que l'auteur y a puisé directement, et que son érudition n'est pas, comme celle de tant d'écrivains modernes, une érudition de troisième main. Sans négliger aucun des monuments importants de nos antiquités juridiques, il est parvenu à esquisser, dans un espace à peu près égal à celui qu'il avait assigné au droit romain, un tableau en raccourci, mais fidèle et animé, des vicissitudes qu'ont subies, chez nos pères, ces importantes conventions. Il y a là des renseignements très-précieux, notamment sur les corporations, et sur les entreprises de messageries dans l'ancienne France.

M. Clamageran n'a pas consacré moins de trois cents pages au droit français actuel ; et cette partie de son ouvrage, quel que soit d'ailleurs le mérite des autres, est, à notre avis, la plus recommandable. On doit signaler particulièrement un travail très-complet et très-profondément creusé sur le contrat de louage, dans son application aux chemins de fer. L'auteur, qui a parfaitement saisi la haute importance de cette matière, expose en détail les obligations des Compagnies, et discute les diverses questions relatives au tarif, au factage et à la compétence, avec une connaissance très-sûre des règles du sujet et des décisions de la jurisprudence dont il analyse fidèlement les principaux arrêts. On remarque aussi, dans la matière du mandat, une excellente dissertation sur l'essence de ce contrat. M. Clamageran nous paraît avoir démontré, avec beaucoup de force, que le caractère spécifique de ce contrat se rattache à l'objet de l'obligation principale du mandataire, qui consiste à *faire au nom d'autrui un acte juridique*. Ce principe le conduit à rejeter la théorie communément enseignée, notamment par M. Troplong, sur la nature du mandat salarié. En réfutant la distinction habituelle entre les services *libéraux* et les services autrefois appelés *ignobles*, M. Clamageran a fait preuve non-seulement de logique, mais de verve et d'originalité. Il n'a pas été moins bien inspiré, en traitant la matière délicate du privilége du commissionnaire. Les jurisconsultes qui s'occupent spécialement de droit commercial trouveront là des pages intéressantes, où l'auteur s'efforce de rappeler à une interprétation plus

rapprochée des textes certains auteurs et quelques arrêts, trop favorables à l'extension des droits de préférence.

Le style de M. Clamageran est net, facile et correct : mais il se recommande surtout par une qualité précieuse, savoir : une grande concision. Quelquefois on pourrait lui demander un peu plus d'abondance ; mais ce défaut, si c'en est un, n'apparaît jamais dans les grandes questions, où l'auteur ne se croit pas obligé de contenir son élan.

Il nous reste à le féliciter d'un mérite particulier, et malheureusement assez rare chez les jurisconsultes, nous voulons parler de ses bonnes tendances économiques. M. Clamageran paraît versé dans la science des richesses, et l'on ne rencontre jamais chez lui ces théories surannées sur la valeur, sur la monnaie et sur l'intérêt de l'argent, qui scandalisent les étrangers, à la lecture des œuvres de certains de nos jurisconsultes les plus éminents. C'est que, hors de France, pour connaître le Digeste et les lois modernes, on ne se croit pas tenu d'ignorer ou de mépriser les découvertes des Turgot, des Smith, des Say, des Rossi et des Bastiat. Les légistes italiens, allemands ou anglais croient modestement qu'ils n'ont qu'à gagner à l'étude des économistes, et qu'une saine appréciation des lois qui président à l'échange aura pour effet d'agrandir le domaine de la science juridique.

Nous ne pouvons donc qu'encourager vivement les jeunes jurisconsultes qui, comme M. Clamageran, semblent vouloir entrer dans cette voie excellente et nouvelle pour la France. La jurisprudence doit s'enrichir dans un commerce plus intime avec la chrématistique ; elle y apprendra à rectifier bien des doctrines étroites, et trop fidèles à des traditions empruntées aux préjugés romains sur le travail, ou bien aux préventions contre le capital mobilier, nées du régime féodal, aujourd'hui disparu pour jamais.

GUSTAVE HUMBERT,
Docteur en droit.

Traité des successions, tome II, par M. C. DEMOLOMBE, doyen de la Faculté de droit, bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour impériale de Caen, officier de la Légion d'honneur. — 1 vol. in-8° ; Paris, chez Durand, éditeur, rue des Grès, 7. Prix : 8 francs.

Nous avons déjà eu l'occasion d'apprécier, dans cette Revue, l'ensemble du cours de Code Napoléon, dont le savant doyen de

la Faculté de Caen poursuit la publication avec tant de persévérance. Chacun des volumes de cet excellent ouvrage est impatiemment attendu par les jurisconsultes; c'est ce qui nous engage à présenter, dès aujourd'hui, une esquisse rapide du tome XIV, qui vient de paraître. Il embrasse les matières importantes traitées dans les articles 756 à 783, 789, 791, 792, et 795 à 801 du Code Napoléon. L'auteur n'a pas consacré moins de six cent quatre-vingt-huit pages à l'exposé des principes et des questions nombreuses qui se rattachent à ces textes. On sait en effet que les règles de la succession active et passive des enfants naturels offrent beaucoup de lacunes et d'obscurités. Les rédacteurs du Code Napoléon avaient à créer sur ce point un système entièrement neuf, également éloigné de la rigueur de l'ancien droit et de l'indulgence excessive du droit intermédiaire. Mais, ainsi qu'il leur est arrivé souvent, alors qu'ils n'avaient plus pour se guider les doctrines savamment élaborées par Domat ou par Pothier, ils se sont contentés de poser quelques décisions principales, sans trop se préoccuper de prévoir ni de résoudre, au moins dans une certaine mesure, les combinaisons diverses que leur application pouvait amener. De là d'immenses difficultés, bientôt révélées par la pratique des affaires; de là toute une série de questions délicates, et bien propres à préparer des tortures aux jurisconsultes à venir.

M. Demolombe, mettant à profit les travaux de ses prédécesseurs et les monuments de la jurisprudence, a poursuivi dignement sa tâche en abordant de front pour les résoudre, avec une grande vigueur de logique et une remarquable clarté, ces problèmes si ardus et si compliqués. Rien de plus concluant et de mieux enchaîné que sa dissertation sur la nature du droit de l'enfant naturel reconnu, sur les biens du père ou de la mère décédés. Sans lui attribuer la qualité d'héritier, et par conséquent la saisine, le savant écrivain démontre qu'il est investi d'un droit de succession, qui le place en général *loco heredis*, et déduit parfaitement toutes les conclusions qui dérivent de ces prémisses. Les différents systèmes soulevés par la première partie de l'article 757 du Code Napoléon sont également exposés avec une lucidité d'autant plus méritoire que la matière, telle qu'on l'avait traitée jusqu'à ce jour, semblait exiger, pour être comprise, une grande contention d'esprit. L'auteur s'est rallié

avec raison, suivant nous, à l'opinion dès longtemps préférée par la pratique et par la doctrine; c'est-à-dire que, pour déterminer la part des enfants naturels en concours avec des enfants légitimes, il faut toujours commencer par supposer les premiers légitimes.

Du reste, sur la plupart des questions que présente cette section, comme sur la matière de l'acceptation des successions, les solutions proposées par M. Demolombe nous ont paru généralement les meilleures; de plus, elles s'accordent d'ordinaire avec les doctrines enseignées à l'école de Paris, notamment par notre savant professeur M. Valette. Cependant, le célèbre doyen de Caen développe, sur plusieurs points importants, notamment en ce qui concerne l'imputation, mentionnée par l'article 760, des opinions qui s'écartent de l'avis le plus commun. Nous signalerons encore, en ce genre, sa dissertation sur la rescision de l'acceptation des successions, pour cause de lésion. M. Demolombe défend avec beaucoup de force, à l'occasion de l'article 783, le sentiment de ceux qui pensent que l'héritier pur et simple est tenu des legs *ultrà vires*. Si l'honorable écrivain ne nous a pas toujours converti à ses doctrines, nous devons avouer que plus d'une fois il a fortement ébranlé notre conviction.

Notre conclusion est que M. Demolombe est resté, dans ce nouveau volume, à la hauteur de ses travaux antérieurs, et c'est, à notre avis, l'éloge le plus complet qu'on puisse faire du tome II de son *Traité des successions*. On ne peut qu'admirer cette verve infatigable, qui semble s'accroître encore en raison des progrès accomplis par l'honorable écrivain dans son œuvre de longue haleine; cet ordre lumineux dans l'exposé des systèmes et des questions, cet enchaînement dans la déduction des principes, ce style pur, brillant et précis à la fois. M. Demolombe a trouvé moyen d'être élégant et chaleureux, sans méconnaître les conditions de la forme scientifique.

GUSTAVE HUMBERT,
Docteur en droit.

DU RÉGIME NUPTIAL DES GAULOIS.

L'examen du régime nuptial des Gaulois donne matière à des développements moins étendus que ceux qu'exige l'étude du système dotal des Romains. La législation romaine, en effet, a exercé la plus grande influence sur l'ensemble de notre droit, et spécialement sur les conventions matrimoniales adoptées encore aujourd'hui par une notable partie de la nation française. Cela tient sans doute à ce que les usages des vainqueurs avaient de bonne heure effacé, dans la Gaule méridionale, les traces des anciennes traditions. Mais il n'en était pas ainsi du nord, où l'élément celtique s'était mieux conservé, sous la forme plus ou moins superficielle de la civilisation latine. Tel est aussi le motif qui rehausse l'intérêt des recherches relatives à l'histoire juridique des Gaulois. Indépendamment de l'Armorique, où la domination romaine ne paraît avoir été ni complète, ni bien assise, les coutumes gauloises ont pu se perpétuer malgré la destruction du druidisme et l'extension de la langue latine, et sauf des modifications nécessaires, dans certains cantons, parmi la population des campagnes, et peut-être même au sein des plus pauvres familles des cités.

Quelle fut la part de cet élément celtique dans la formation et le développement de notre droit coutumier ? C'est une question d'une haute importance, au point de vue de l'histoire juridique, et depuis longtemps vivement controversée. Les uns l'ont résolue en exagérant l'influence des traditions gauloises, les autres en exagérant la prédominance de l'élément germanique introduit par les invasions postérieures des barbares. Ce n'est point ici le lieu de traiter cette question dans son ensemble ; nous nous proposons seulement de l'envisager sous un aspect moins étendu, mais pourtant bien digne d'intérêt. Il s'agit de

l'origine de notre régime matrimonial de droit commun. Peut-on trouver dans les coutumes celtiques le principe de la communauté de biens entre époux? Tel sera l'objet restreint de nos recherches. Le court passage des *Commentaires* de César [1], que nous examinerons plus loin a fait naître plus de systèmes d'interprétation qu'il ne compte de lignes. Qu'on nous pardonne d'en ajouter un ; au pis-aller, ce ne sera qu'une conjecture de plus sur le régime nuptial des Gaulois.

Quand on s'efforce de réunir les documents relatifs au droit celtique, ont reconnaît que malheureusement ils sont rares et peu étendus. La plupart nous sont fournis par des auteurs grecs ou romains, souvent étrangers à la jurisprudence. De là d'immenses lacunes, beaucoup d'incertitudes et de grandes divergences parmi les interprètes.

Autrefois, les ouvrages des écrivains classiques étaient à peu près les seules sources où l'on allât puiser des renseignements sur les usages gaulois. Aujourd'hui les historiens du droit, éclairés par les travaux combinés de l'ethnographie et de la philologie, empruntent aux coutumes et aux lois des peuples de la même famille, et notamment des Bretons, le secours de notions propres à éclairer les mystères de la législation gauloise. Mais, sans contester la légitimité de cette méthode, il semble qu'on doive en subordonner l'usage à l'observation de deux réserves principales.

En effet, si les habitants primitifs de la Grande-Bretagne appartiennent à la race des Celtes, s'ils ont vécu sous l'empire de la même religion et des mêmes usages que les Gaulois, néanmoins la séparation géographique et politique des deux peuples avait dû modifier profondément, et depuis longtemps, l'identité primitive de leurs mœurs. D'un autre côté, les coutumes bretonnes [2], qui nous sont parvenues, ont été recueillies à une époque bien postérieure à la conquête de César. Dès lors, elles ont subi, dans l'intervalle de dix siècles, des transformations considérables, dont il faut tenir grand compte, avant d'argumenter par induction d'une de ces nations à l'autre. Concluons de là qu'on doit se borner à invoquer, en second ordre, cette classe de

[1] VI, 19.

[2] V. MM. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. II, p. 108 et suiv.; — Koenigswarter, *Mémoire sur l'organisation de la famille*, p. 16.

documents, et seulement quand ils viennent se rattacher naturellement à un texte classique, de façon à le corroborer, le développer ou l'éclaircir.

Cela posé, pour traiter cette matière d'une manière complète et méthodique, nous diviserons notre dissertation en cinq paragraphes. Après des prolégomènes sur la civilisation et le caractère général de la législation gauloise, nous exposerons sommairement les usages relatifs à l'état des personnes, à la forme des conventions matrimoniales et aux droits qui en résultaient pour les époux, et enfin aux causes de dissolution du régime nuptial.

§ 1. — Prolégomènes.

Sans entreprendre ici l'esquisse d'un tableau complet de la civilisation gauloise, à l'époque de la conquête romaine, il importe de rappeler les éléments fondamentaux de l'organisation sociale de nos ancêtres.

La population de la Gaule proprement dite était formée de trois souches principales [1], les Belges, les Celtes et les Aquitains. Les premiers, de race kimrique et gaélique [2], se séparaient profondément, par les mœurs et le langage, des derniers, qui étaient d'origine probablement ibérique, et placés depuis longtemps sur les confins des Pyrénées [3]. Les Belges occupaient la partie septentrionale de la Gaule, située entre le Rhin, l'Océan, la Marne et la Seine; ils se rattachaient, par certains côtés, aux tribus germaniques, dont quelques-unes venaient de gré ou de force se confondre dans leur sein. Le centre de la Gaule était habité par les Celtes jusqu'à la Garonne et à la Méditerranée [4]. Les Celtes, Gaëls ou Galli, offraient une civilisation plus riche et plus avancée que celle des deux autres familles gauloises [5], à raison sur-

[1] V. Cæsar, *Commentaires*, I, 1.

[2] Les Celtes, comme les Kimris, étaient probablement originaires de l'Asie (V. Moreau de Jonnès, *Mémoires de l'Académie des sciences morales*, 1853, p. 119; Laferrière, t. II, p. 3 et suiv.; A. Thierry, *Histoire des Gaulois*, t. I).

[3] V. Edwards, *Recherche sur les langues celtiques*, p. 128, 538; Lehüerou, *Origines*, p. 12. — V. toutefois Michelet, *Histoire de France*, t. I, append.

[4] Nous laissons de côté l'Armorique d'une part, et de l'autre la Narbonnaise, déjà placée depuis longtemps sous la domination romaine.

[5] Cæsar, *loc. cit.*, VI, 24; Ammien Marcellin, XV, 12. —V. surtout M. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. I, p. 17.

tout de leurs relations plus fréquentes avec les Phéniciens, les Grecs, les Carthaginois et mêmes les Romains. Mais on peut douter que le droit celtique eût beaucoup emprunté à ces sources, bien que l'influence indirecte des rapports commerciaux ait dû contribuer à adoucir les mœurs des Gaulois [1].

La détermination des éléments constitutifs de cette nationalité celtique n'est pas un hors-d'œuvre dans notre matière. L'exposé du droit des Gaëls implique, en effet, la solution d'une question préalable, qui domine tout système d'interprétation à cet égard. Il s'agit de prendre parti sur l'identité de la race celtique et de la race germanique. Si l'on admettait, sur ce point, l'opinion d'un grand nombre d'auteurs allemands, anciens ou modernes, les Gaulois ne seraient au fond que des Germains, légèrement altérés par leur séjour en Gaule, et gâtés par le contact de la corruption méridionale, au point de méconnaître leur origine allemande. Cette base accordée, jurisconsultes et historiens ne se sont pas fait faute d'emprunter à Tacite et aux auteurs qui ont traité des mœurs germaines tout ce qui paraît de nature à compléter les notions fournies par César sur les usages et les lois de nos ancêtres. — Désormais plus de ligne du Rhin pour ces interprètes savants, mais audacieux. Un célèbre historien français, M. Am. Thierry, est venu opposer une barrière à cette nouvelle invasion de la nationalité germanique. On peut voir, dans la remarquable préface de son *Histoire des Gaulois*, la réfutation du système d'unité des deux peuples. Cette opinion aboutit, en dernière analyse, à une immense confusion, et, sous prétexte d'assimilation, inaugure l'anarchie dans l'histoire, en mêlant toutes les races et tous les usages, en dépit des textes les plus formels. Proclamons-le donc bien haut : il n'est pas plus permis d'absorber les Gaulois parmi les Germains, que d'effacer ceux-ci au profit des Celtes, comme l'a fait une école ultra-celtique, aujourd'hui presque oubliée. Ce n'est donc qu'avec la plus grande circonspection que l'on peut commenter César par Tacite, et interpréter les usages gaulois par les coutumes et les lois allemandes [2]. Sans doute, ces deux peuples sont des branches de la grande race indo-européenne; mais ces branches s'écar-

[1] V. Justin, XLIII, 3, 5 ; Strabon, lib. IV, *passim* ; Pastoret, *Histoire des législations*, t. X, p. 237.

[2] V. en ce sens M. Pardessus, *Des origines du droit coutumier*.

taient beaucoup l'une de l'autre. D'après le témoignage de César, les Gaulois présentaient les signes les plus tranchés d'une nationalité parfaitement distincte [1], en ce qui concerne la religion, les mœurs, le langage, les institutions et les armes, c'est-à-dire sous presque tous les points de vue.

Qui ne connaît d'ailleurs les traits de cette esquisse si merveilleusement exacte que les écrivains anciens nous ont laissée du caractère de nos aïeux? Il nous semble, en la lisant, qu'on nous présente un miroir fidèle où viendrait se refléter, après tant de siècles, l'image vivante de la nation celtique. Oui, ce sont bien là les marques ineffaçables du type gaulois : une âme éminemment accessible aux inspirations soudaines d'un généreux enthousiasme, mais passant aisément de l'exaltation à l'abattement; une sensibilité vive et mobile, avec un fond de gaieté piquante et satirique; une incessante curiosité d'esprit, servie par une intelligence ouverte aux grandes idées de spiritualisme et d'immortalité; un sentiment profond de l'indépendance nationale, accru par la passion de la gloire des armes; l'instinct jaloux de l'égalité joint à la recherche ardente des distinctions et des influences politiques; malheureusement trop peu de respect pour l'idée du droit et de la liberté considérés chez autrui, et par cela même pour le culte de la loi positive et des magistrats choisis par le peuple lui-même; un amour effréné du luxe, des arts et de l'éloquence, et de toutes les jouissances sociales, qui n'excluait pas le facile mépris de la vie et le sublime dédain de la mort. Tels sont encore les défauts et les qualités qui constituent le type national que les Gaulois nous ont transmis [2].

Le développement spontané des mœurs, sous l'influence du druidisme, amena la formation du droit celtique. Malheureusement, le collége de prêtres, chargé de la garde des traditions, n'écrivait pas; aucun texte gaulois n'est arrivé jusqu'à nous directement. Cependant, on ne peut douter que l'élévation de leurs doctrines n'eût conduit les druides à reconnaître et à proclamer les vérités fondamentales de la législation. Ainsi, cette distinction profonde entre l'idéal juridique du droit naturel et

[1] *Comm.*, VI, 11, 21, 24; I, 47; IV, 16 et suiv. — V. MM. Laferrière, t. II, p. 41, 45; Berlier, *Précis de la Gaule*, p. 343; Edwards, *oper. cit.*, p. 25.

[2] V. Henri Martin, *Histoire de France*, t. I, p. 31 et suiv.

les essais de réalisation tentés par le pouvoir social, distinction que la philosophie stoïque enseigna bien tard aux jurisconsultes de Rome, formait le point de départ de la science des pontifes. Les druides paraissent, en effet, avoir distingué les principes rationnels en vue desquels les lois étaient établies, de l'ensemble des préceptes juridiques, dont l'exécution était prescrite et garantie par une sanction à la fois religieuse et pénale [1].

Nous n'avons à retracer ni la division bien connue des Gaulois en trois ordres, ni les règles si variées de leur organisation intérieure et féodale. Il suffit de remarquer que l'ordre druidique seul veillait, sous la direction d'un chef, à la conservation des usages alors si profondément unis à la religion. C'est au collége des prêtres qu'étaient confiés l'enseignement juridique et l'interprétation judiciaire. Ce système, à côté de ses inconvénients, permettait un développement progressif des préceptes législatifs, sous l'influence d'une autorité tutélaire et savante, qui tenait compte soit des nécessités sociales et des usages nouveaux, soit des conquêtes partielles de la jurisprudence.

A quelle distance cette grande institution ne place-t-elle pas les Gaulois des Germains, si étrangers aux mystères de la science enseignée par les druides, aux notions si abstraites de leur savante cosmogonie et de leur spiritualisme exalté! Ces fils d'Odin, décrits par Tacite, auraient-ils pu concevoir l'idée métaphysique du droit comme base d'une science spéciale? La législation se réduisait chez eux à un petit nombre d'usages, relatifs surtout à l'organisation et à la défense des personnes et des biens de la famille, seule institution capable alors de protéger la sécurité individuelle. Le défaut de culture agricole et l'habitude de la vie nomade entraînaient l'impossibilité de la propriété permanente du sol. De là tout un grand côté du droit civil inconnu aux Germains [2].

Au contraire, nous trouvons le système d'appropriation individuelle de la terre, cette condition première de la civilisation et du progrès du capital social, en pleine vigueur chez les Gaulois. César nous montre le collége druidique résolvant les questions d'hérédité et celles de délimitation entre les propriétaires

[1] V. Cæsar, *Comm.*, VII, 77; VI, 13 et 14.: Strabon, IV, 9, et M. Laferrière, t. II, p. 59.

[2] Cæsar, *loc. cit.*, VI, 21, 22.

voisins : « *Si de hæreditatibus, si de finibus controversia est, iidem decernunt, præmia pœnasque constituunt; si quis, aut privatus, aut publicus, communi decreto non stetit, sacrificiis interdicunt*[1]. » Ainsi la violation du droit était frappée d'une véritable sentence d'excommunication. L'ensemble de ces institutions annonce, en Gaule, un état social assez avancé[2], à l'époque où les armes romaines pénétrèrent dans le centre du pays (58 avant J.-C.). Mais les éléments de progrès qu'il renfermait dans son sein semblaient avoir épuisé leur puissance d'expansion ; les éléments de désordre, au contraire, surexcités par une corruption prématurée, se heurtaient avec violence. Les vices de l'organisation fédérale des tribus et surtout les défauts du caractère gaulois, l'imprévoyance, la légèreté, l'impatience de tout frein, même légal, faisaient de la Gaule une arène où les passions ambitieuses des chefs, s'emparant des passions désordonnées et des rivalités aveugles des confédérations diverses, précipitaient dans une ardente mêlée et détruisaient par de sanglants désastres les forces vitales de la nation menacée par le peuple-roi. Le patronage volontaire et les confraternités d'armes, qui unissaient jadis aux *equites* les *devoti clientes* ou *ambacti*, avaient fait place, par suite de la misère générale, à la *dédition* forcée, c'est-à-dire à une sorte de servitude des hommes libres. Dès lors, la masse du peuple avait dû perdre, avec son indépendance individuelle, la meilleure partie de ce patriotisme énergique et indomptable qui portait au loin le renom et la terreur de ses irrésistibles aïeux.

Rien ne pouvait mettre un terme aux funestes compétitions des chefs. Ce spectacle d'un envahissement continu n'eut pas la puissance de ramener les cœurs au sentiment de la nécessité de l'ordre et de l'unité dans la résistance. Quand la vérité sinistre apparut enfin aux yeux de tous, ce fut comme l'éclair fatal qui leur montra le dernier jour de la Gaule, au moment où elle s'écroulait sous les éclats de la foudre romaine.

Si la nationalité gauloise succomba, ce fut pour se transformer par l'alliance d'une civilisation plus haute. Gardons-nous de dire pourtant que cette catastrophe fut heureuse parce qu'elle devait

[1] *Comm.*, VI, 13.
[2] *Ibid.*, VI, 24.

être utile. Qui sait ce que la science druidique et la liberté gauloise recélaient de germes de progrès étouffés en naissant ! Loin de nous ces systèmes fatalistes qui absolvent imperturbablement dans le passé tous les crimes heureux, en immolant la religion du devoir au culte aveugle de la nécessité. Inclinons-nous devant cette loi de la Providence qui permet aux fautes et aux erreurs des peuples de produire leurs conséquences logiques et méritées, mais proclamons-la pour mieux en faire ressortir les eçons de l'expérience et les suprêmes enseignements de la responsabilité. Ainsi envisagée, l'histoire, loin de se confondre avec la glorification dangereuse des faits accomplis, se montre à nous comme l'appréciation élevée des actes de la liberté humaine, s'exerçant dans le temps et dans l'espace. Il appartient à la raison calme et sereine de l'historien d'essayer d'interpréter ici-bas les motifs du juge suprême, dont les arrêts sont les ruines des empires et les vicissitudes des civilisations.

Qu'on nous pardonne ces réflexions, qui échappent à notre plume, au moment où nous portons nos regards vers le berceau de nos pères, pour y chercher les germes de nos institutions civiles, à la veille du jour où elles vont se perdre dans l'ensemble majestueux des lois romaines. Combien ne faut-il pas regretter que la conquête ait presque effacé les vestiges d'une organisation aussi savante que celle que le collége des druides avait enfantée dans le silence des forêts séculaires des Carnutes ! On comprendra sans doute le sentiment pénible que nous éprouvons en recherchant les restes informes du droit de nos ancêtres dans le journal des conquêtes de leur impitoyable vainqueur.

§ 2. — De l'état des personnes, au point de vue de la famille et du mariage.

On reconnaît, dans l'organisation de la famille gauloise, les mêmes caractères principaux que l'histoire constate chez presque tous les peuples à l'origine des sociétés. Ainsi, la puissance paternelle y est fortement constituée et armée de prérogatives redoutables. La famille est, en effet, la première unité sociale, l'image primitive de la cité. Les pouvoirs concentrés dans la main des chefs lui permettent d'assurer l'ordre entre ses membres et de défendre leur solidarité. Plus tard le développement

des familles les transforme en classes ou tribus, qui conservent le souvenir d'une origine et l'habitude d'une direction commune. C'est ainsi que le droit de famille étendu devient le droit fédéral, et forme la première ébauche du système politique pour la nation [1].

Le père avait, si l'on en croit César, droit de vie et de mort sur ses enfants. Cet usage remontait évidemment à la plus haute antiquité [2], car on le voit en vigueur chez des colonies de Gaulois établies dans l'Asie mineure. Le jurisconsulte romain Gaïus nous l'apprend dans ses Commentaires, en comparant la puissance paternelle des Galates à celle des Romains [3].

Une coutume remarquable ne permettait pas aux fils de paraître devant leur père avant d'avoir atteint l'âge de porter les armes ; c'était un moyen assuré de faire ambitionner aux enfants l'honneur de manier le glaive. Les guerriers seuls devaient se montrer en publics, *palam ;* les fils encore trop faibles demeuraient aux mains des femmes au sein du foyer domestique ; mais cet usage, qu'on a diversement interprété, n'exclut en rien, suivant nous, l'esprit et les affections de famille, dont le père réservait le témoignage pour le sanctuaire de l'intimité. Néanmoins, on peut en induire une remarque propre à faire distinguer la puissance paternelle des Gaulois de cette même puissance à Rome. Chez les premiers, l'admission solennelle du jeune guerrier à paraître en armes dans l'assemblée des guerriers suppose qu'il est apte désormais à soutenir l'honneur de la famille. Elle semble présager une sorte d'émancipation. On peut conjecturer, en outre, que, suivant un usage reçu chez d'autres peuples, le nouveau guerrier ne pouvait se marier qu'après avoir fait ses preuves sur le champ de bataille. Le mariage, devenant ainsi le prix de la victoire, devait tout au moins l'affranchir de l'autorité paternelle. On ne rencontre, en effet, dans les *Commentaires* de César, aucune trace d'une puissance paternelle indéfinie et se transmettant sur tous les descendants, par mâles, du père de famille. On pourrait objecter le texte de Gaïus cité plus haut, mais ce texte n'est décisif que pour

[1] De là le patronage que certains peuples de la Gaule exerçaient sur d'autres (Cæsar, *Comm.*, VI, 11).

[2] *Comm.*, VI, 19 ; M. Laferrière, t. II, p. 70.

[3] V. I, 55 — et Saint Paul, *Epistola ad Galatæos*, IV, 12.

les Galates, et paraît fournir plutôt pour les autres Gaulois un argument *à contrario*. Nous pensons donc avec un savant historien du droit français, M. Laferrière [1], que ce pouvoir n'avait pas chez nos pères le même caractère d'égoïsme et de perpétuité que chez les Romains.

Seulement, nous devons reconnaître que cette opinon s'appuie plutôt sur le silence des textes que sur un témoignage positif. M. Laferrière invoque, il est vrai, par analogie, les lois Cambriennes de Howell. Bien que recueillies seulement au dixième siècle, elles ont échappé en partie à l'influence féodale et à celle du droit romain; en outre, l'esprit national et traditionnel des Gallois a dû s'attacher obstinément à conserver dans ces coutumes les éléments les plus essentiels du droit celtique. Or, elles ne transmettaient pas à l'aïeul la puissance paternelle, et, de plus, elles faisaient résulter de plein droit l'émancipation du mariage. Mais ce moyen d'interprétation des lois gauloises est sujet à contestation, ou du moins à de nombreuses réserves, et nous ne l'admettons ici qu'en l'absence de textes formels sur la question [2].

Ainsi, nous pensons que la parenté ne reposait pas en Gaule, comme à Rome, sur la base factice de la puissance civile du chef de famille. Au contraire, la voix du sang et la solidarité de la famille naturelle se font reconnaître dans l'ensemble des usages gaéliques [3]. On sait la durée indéfinie des familles bretonnes aux mille rameaux, et l'instinct généalogique de ce peuple habile à suivre de génération en génération toutes les sinuosités de la parenté [4].

Des effets juridiques importants devaient se rattacher à la cognation, notamment en matière de succession. Malheureusement, César nous apprend peu de chose de la constitution de la propriété et de l'hérédité. Les mots *hæreditas* et *fines* [5] indiquent, comme nous l'avons dit, un système régulier de droit privé, bien supérieur au communisme primitif de la tribu germaine. L'ex-

[1] T. II, p. 72.
[2] *Ibid.*, p. 13.
[3] V. Cæsar, *Comm.*, VII, 66.
[4] V. MM. Laferrière, t. II, p. 75; Lehuërou, *Institutions mérovingiennes*, t. II, p. 8 et 9; Aug. Thierry, *Conquête de l'Angleterre*, t. I, p. 11.
[5] *Comm.*, VI, 19; Cicéron, *Topiques*, VI.

pression *hæreditas* peut naturellement s'entendre de l'hérédité *ab intestat*. On ne trouve aucun texte qui constate l'usage des testaments chez les Gaulois. Une phrase de Symmaque fournit d'ailleurs un argument en faveur de l'opinion qui exclut les héritiers volontaires : « *Gignuntur hæredes, non scribuntur* [1]. » Ainsi, le droit de succession dépendait du lien du sang et peut-être se reliait à une fiction de copropriété au profit des parents naturels ; mais ce point de vue n'est pas incompatible avec la faculté de nommer des légataires qui ne continuent pas la personne du testateur. Sous ce rapport, on concevrait, avec M. Laferrière, la possibilité de libéralités modiques [2]. Ajoutons que le spiritualisme élevé des Gaulois et leur foi énergique en une vie future favorisaient le respect des dernières volontés des défunts. Mais nous n'étendrons pas aux Gaulois, avec ce savant historien, les règles des lois bretonnes sur l'inaliénabilité des fonds de terre par le chef, même à titre onéreux, hors le cas de nécessité, sans le consentement de ses héritiers [3]. Ce système, si semblable à celui du droit hindou, est consacré dans le droit germain et fut peut-être introduit chez les Bretons sous l'influence des invasions ou de la féodalité. Il ne paraît pas avoir de base dans les mœurs gauloises proprement dites. Une institution si contraire aux idées romaines aurait-elle échappé à l'esprit observateur de César ? Comment aucun auteur ancien ne nous en aurait-il rien appris ? Elle est d'ailleurs peu compatible avec la situation de la plupart des hommes libres, *obærati*, dont parlent les *Commentaires* [4]. Leur servitude volontaire prouve la possibilité d'aliéner sa personne et son patrimoine entier. Quant au témoignage des lois bretonnes, on a vu que nous ne l'admettions que sous bénéfice d'inventaire.

Si nous étudions maintenant l'organisation du mariage chez les Gaulois, nous reconnaîtrons que la monogamie était admise en principe. Le caractère élevé de la doctrine druidique et son alliance intime avec le droit civil donnent à penser que l'union conjugale était consacrée par des cérémonies religieuses imposantes. On a cependant soutenu l'existence de la polygamie en

[1] *Epist.*, I, 15.
[2] Laferrière, t. II, p. 89. — V. Saint Paul, *Epist. ad Galat.*, 15, 17 et 18
[3] V. *Leg. Wall.*, II, 1, 5, 17; IV, 85, nº 8.
[4] VI, 13.

Gaule, en se fondant sur un passage de César, que nous discuterons bientôt. Le texte suivant est, à notre avis, beaucoup plus décisif dans le sens opposé : « *Conclamant equites... ne ad liberos, ne ad parentes, ne ad uxorem aditum habeat, qui non bis per hostium agmen perequitârit* [1]. » L'emploi du singulier *uxorem* indique naturellement que le Gaulois n'avait qu'une seule épouse. César, il est vrai, rencontra la polygamie et même la promiscuité dans certains cantons de l'Armorique et de la Grande-Bretagne [2] ; mais cette exception, relative à des tribus barbares, confirmerait au besoin la règle. En vain oppose-t-on une phrase, où le mot *uxoribus* est employé par César ; le pluriel est équivoque ici à cause du mot *viri* placé au commencement de la phrase [3] : « *Viri... de uxoribus in servilem modum quæstionem habent.* » En admettant même l'interprétation opposée de ce passage, on pourrait l'entendre des concubines que l'usage permettait aux chefs, ou d'un privilége spécial aux chevaliers. Dans tous les cas, un seul mot est insuffisant pour démontrer, dans le silence des auteurs classiques, l'existence de la polygamie comme loi fondamentale. Il aurait fallu d'ailleurs de longs efforts aux vainqueurs pour la déraciner du sol gaulois. Or, les lois romaines se sont au contraire rapidement étendues en Gaule.

Quoi qu'il en soit, le mari avait, en cette qualité, droit de vie et de mort sur sa femme [4] ; César, qui nous l'apprend, ne semble pas supposer que le mari lui-même pût être soumis à la puissance d'autrui ; ce qui favoriserait l'opinion que nous avons adoptée sur l'émancipation par l'effet du mariage.

En cas de mort imprévue du mari, l'assemblée de ses parents, *propinqui*, formait un tribunal de famille qui examinait la conduite de la femme, et, au besoin, lui infligeait la torture comme aux esclaves ; condamnée, elle était livrée aux flammes. Le sens large du mot *propinqui* exclut tout privilége civil au profit des agnats. César, philologue habile [5], et nullement étranger à la langue juridique, a naturellement pris cette expression dans son

[1] *Comm.*, VII, 66.
[2] *Ibid.*, V, 14.
[3] *Ibid.*, VI, 19.
[4] *Ibid.*, VI, 19.
[5] Il étudiait la pureté de sa langue jusque dans sa tente. V. *Mémoires de l'Académie des inscriptions*, VI, 230.

acception précise, qui embrasse toute la famille, considérée au point de vue du lien naturel.

§ 3. — De la nature et de la forme des conventions matrimoniales.

L'achat de la femme fut-il usité chez les Gaulois comme chez la plupart des peuples anciens? On est conduit à l'admettre *à priori*, comme une conséquence de la cession de la puissance sur la personne de la femme par le père ou mari. Il semble que ce soit une loi générale de l'histoire[1]. Souvent même l'achat était réciproque entre les époux, et certains auteurs rattachent à cette idée le germe du régime pécuniaire des époux gaulois, que nous étudierons dans ses effets au paragraphe suivant.

Voici le texte fameux des *Commentaires* de César, dont l'interprétation a soulevé tant de controverses : « *Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, æstimatione factâ, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vitâ superârit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit*[2]. » Voici la traduction que nous proposerons, sauf à la commenter et à la justifier plus tard : Quand les maris ont reçu de leurs femmes des biens à titre de dot, ils y réunissent, pour former une seule masse, des biens tirés de leur propre patrimoine et d'une valeur égale fixée au moyen d'une estimation. Le tout forme un capital dont on fait un compte unique et dont les revenus sont mis en réserve. Quel que soit le survivant, c'est à lui que reviennent l'une et l'autre portion de ce capital, avec les revenus du temps écoulé pendant le mariage.

Ce texte contient la description concise d'un genre de conventions matrimoniales tout particulier. On a prétendu cependant que cette clause n'établissait pas un véritable régime nuptial. En effet, tout contrat de mariage, digne de ce nom, résout deux questions : savoir, celle de la contribution de la femme aux charges communes et celle du mode d'administration des biens dotaux ; or, a-t-on dit, les stipulations dont il s'agit se bornent

[1] V. sur ce sujet les remarquables *Etudes* de M. Kœnigswarter (Paris, Durand).

[2] *Comm.*, VI, 19.

à établir un gain de survie réciproque. Nous essayerons de démontrer que cette interprétation n'est pas exacte et que la phrase dont il s'agit suppose la nécessité d'une constitution expresse de dot, pour déroger à la séparation des biens, et qu'en outre elle contient une véritable dot, à côté d'un gain de survie. Quant à présent, bornons-nous à remarquer que César se proposait évidemment ici pour but de décrire le régime nuptial des Gaulois, et que les mots *dotis nomine* et *dotibus* indiquent clairement des biens affectés aux dépenses du mariage.

Quelle était la forme de cette convention ? On pourrait douter qu'elle fût constatée par écrit, malgré les mots *æstimatione facta;* car l'expertise pouvait être constatée par témoins. Cependant les Gaulois en étaient arrivés, surtout pour ce qui concerne leurs comptes et leurs affaires privées, à employer l'écriture et notamment les caractères grecs : « *Quùm in reliquis ferè rebus*, nous dit César, *publicis privatisque rationibus, græcis utantur litteris* [1]. » On a lieu de croire, du reste, que ces conventions étaient garanties par la religion du serment [2]. Peut-être serait-il plus sage de résoudre la difficulté par une distinction, en disant qu'à l'époque de César, et dans le centre comme au midi de la Gaule, l'écriture était employée dans les actes par tous les personnages de quelque importance.

§ 4. — Des droits et obligations qui résultaient des conventions matrimoniales.

La grande difficulté de notre matière consiste à déterminer nettement l'objet ou l'étendue des droits et obligations qui résultaient, pour les époux gaulois, des conventions décrites par César. Avant de proposer notre interprétation et de l'appuyer par la discussion des termes du texte, nous devons à nos savants prédécesseurs l'hommage d'un exposé succinct et d'un examen attentif des systèmes divers qu'ils ont avancés.

La plupart des anciens auteurs coutumiers, pénétrés de l'excellence de la communauté conjugale, n'ont pas hésité à en re-

[1] *Comm.*, I, 29 et VI, 14.
[2] *Ibid.*, VI, 16.

connaître les caractères dans le régime dont il s'agit. Tels sont, en première ligne, Pasquier, dans ses *Recherches*[1], Coquille[2], Lebrun[3] et Grosley. Heineccius résume clairement cette opinion en faisant dire à César que les biens acquis au moyen des apports communs se partageaient entre l'époux survivant et les héritiers du prémourant[4]. Nous citons textuellement le savant jurisconsulte : « *Quidquid indè, quantum fuerat, æqua lance inter superstitem et defuncti hæredes dividebatur.* » C'est faire violence à la lettre des *Commentaires*, qui attribuent formellement au seul époux survivant un droit à la totalité du capital primitif et des fruits *superiorum temporum*. Cependant Bernardi et M. Berlier[5], suivis par le savant historien des Gaulois, M. Amédée Thierry[6], et par le plus récent traducteur de César, M. C. Louandre[7], reconnaissent dans ces stipulations une véritable communauté; seulement, dans ce système, il y aurait des apports égaux et déterminés, et le partage se réduirait aux acquêts.

Un savant jurisconsulte, qui était en même temps un profond érudit, M. Pardessus, avait d'abord, dans son *Mémoire sur l'origine du droit coutumier*, embrassé l'opinion d'Heineccius ; mais depuis, il a, dans son admirable et immense travail sur la loi salique[8], reconnu l'inexactitude de cette interprétation d'un texte qui n'admet le partage en aucun cas et ne donne aucun droit aux héritiers de l'époux prédécédé[9].

Néanmoins l'éminent écrivain n'exclut pas entièrement de notre matière l'idée de communauté ; mais il propose une opinion mitoyenne, en restreignant le régime décrit par César dans les termes des conventions modificatives de la communauté qu'admet le Code Napoléon lui-même[10]. Suivant M. Pardessus, la clause en question renferme ce que nous nommerions une

[1] P. 398.
[2] P. 9, 64.
[3] *Communauté*, c. I.
[4] *Elementa juris germanici.*
[5] *Précis*, p. 276.
[6] II, 69.
[7] M. Louandre, p. 270, traduit *dotibus communicant*, par : *mettre dans la communauté.*
[8] P. 674.
[9] V. C. Nap., art. 1525.
[10] V. art. 1598 et 1525 combinés.

communauté *réduite aux acquêts avec attribution du tout au survivant*. Ce système diffère du précédent, en ce qu'il ne suppose pas la possibilité d'un partage. Mais peut-il se concilier, d'une part, avec le texte de César, et, d'autre part, avec le sens exact des expressions que l'auteur emprunte à notre droit civil? Nous ne le pensons pas.

Le texte suppose des apports limités en capital; de plus, loin de faire mention des acquêts, il parle seulement de la restitution des revenus des apports. La clause ne permet pas que ces revenus soient consommés définitivement, en tout ou en partie, au profit du ménage commun; les mots *fructus servantur* veulent dire que la totalité des intérêts de ce capital doit être payée au survivant. Cela posé, notre première observation s'oppose à ce qu'on voie ici une communauté réduite aux acquêts [1]; il y aurait plutôt, à proprement parler, convention d'apports limités à une somme fixe [2]. — De plus, notre seconde remarque prouve qu'il ne peut être question d'acquêts communs, là où les revenus eux-mêmes ne le sont pas; enfin, on ne peut dire exactement qu'il y ait un don de communauté au survivant, dans les termes de notre droit, puisque, d'après César, les héritiers n'ont pas même le droit de reprendre les apports provenant de leur auteur [3].

Suivant M. Kœnigswarter [4], le sens de la phrase de César est celui-ci : Le mari fait à sa femme une donation qui dérive de l'ancien prix d'achat transformé en don du matin; en revanche, la femme lui livre une sorte de pécule improprement appelé *dot*. C'est une portion du patrimoine de famille non consacrée aux charges du ménage. Par ce motif, le tout reste indisponible et forme, avec les fruits cumulés, un douaire pour la veuve, ou une propriété pour le chef de famille survivant.

Ce système paraît plus admissible que le précédent; mais s'il ne contredit pas le texte de César, peut-être y ajoute-t-il quelque chose. Rien n'indique, en effet, qu'il s'agisse ici des biens patrimoniaux de la femme; sans doute ses apports doivent lui être rendus, en valeur, avec leur revenu, si elle survit; et cet

[1] V. art. 1398 C. Nap.
[2] V. art. 1500 C. Nap.
[3] V. au contraire l'article 1525 du Code Napoléon.
[4] *Organisation de la famille*, p. 35.

pendant le mot *dot* est exactement employé, comme nous le prouverons par des lois romaines, car le mari peut gagner l'*interusorium* seulement.

Nous repoussons aussi cette prétendue indisponibilité des biens apportés et des fruits, si invraisemblable en elle-même et nullement établie par le texte; *fructus servantur* ne signifie pas nécessairement que les fruits sont conservés en nature, — et, quant au fonds, le savant écrivain que nous combattons n'a-t-il pas été entraîné, sans s'en douter, à étendre aux Gaulois des usages juridiques dont l'origine serait plutôt germanique, et dont on ne trouve pas trace en Gaule avant l'invasion des barbares? Ces considérations nous ont détourné de nous rallier à l'opinion de M. Kœnigswarter.

Un éminent historien du droit français, dont nous avons regretté que l'avis ne fût pas plus développé, M. Giraud, pense [1] qu'il s'agit d'une association exceptionnelle du travail, sur une mise à parts égales, avec réserve de tous les revenus et attribution par gain de survie au dernier mourant, conditions complétement étrangères au régime de communauté [2]. Cet exposé a le mérite peu commun de renfermer une analyse exacte de la phrase des *Commentaires*; mais le savant écrivain admet aussi l'indisponibilité du capital, des fruits et des acquêts; et sur ce point, notre conviction ne nous permet pas d'adopter ses conclusions, que nous aurions vivement désiré voir appuyées par un exposé plus étendu des arguments qui ont déterminé son avis. Du reste, cette opinion se recommande encore par l'autorité de M. Troplong, qui s'y range dans la brillante préface de son *Traité du contrat de mariage*.

Enfin, il nous reste à résumer et à discuter le système enseigné par M. Laferrière, dans sa remarquable *Histoire du droit français* [3]. Le célèbre historien rejette les deux premières interprétations exposées plus haut, qui admettent l'origine gauloise du régime de communauté.

Sans s'attacher aux traditions germaniques, comme M. Kœnigswarter, M. Laferrière considère la convention dont il s'agit

[1] *Essai sur l'histoire du droit français*, t. I, p. 35 et 320.
[2] *Ibid.*, p. 36.
[3] T. II, c. 465.

comme une donation irrévocable et éventuelle au profit du survivant, et il en conclut l'indisponibilité des apports, des acquêts et des fruits. Cette opinion se rapproche beaucoup de celle de MM. Giraud et Troplong ; mais le savant écrivain l'appuie sur une discussion approfondie des documents fournis par le droit breton.

On a vu plus haut que nous éprouvions quelque scrupule à employer, pour l'interprétation des usages gaulois, les dispositions des coutumes bretonnes recueillies au dixième siècle. Mais ce qui nous détermine surtout à ne pas céder à l'autorité de l'éminent écrivain, c'est le texte même de César, qui ne nous paraît pas se prêter à l'application de cette méthode d'investigation. La phrase des *Commentaires* renferme un système complet, bien qu'énoncé d'une manière très-succincte ; c'est dans l'analyse rigoureuse des termes employés par l'auteur qu'il faut chercher d'abord sa véritable pensée.

Or, aucun mot n'indique que les biens apportés, soit par la femme, soit par le mari, le soient en tant que corps certains et déterminés; bien plus, fussent-ils dus en nature, si la propriété des apports de la femme avait été transférée au mari, cette obligation ne suffirait pas pour les rendre indisponibles; mais le texte montre clairement que la dot consistait en choses de genre, en argent. En effet, n'oublions pas que César, écrivain de premier ordre, ami et compagnon du célèbre jurisconsulte Trebatius, connaissait le langage de la jurisprudence ; cela nous oblige à peser les mots dont il s'est servi. Or, il y en a que les anciens interprètes n'ont pas pris en considération suffisante. Lorsque l'auteur des Commentaires nous dit : « *Quantas pecunias... tantas ex suis bonis, æstimatione facta,* » il veut évidemment parler d'un apport de biens envisagés au point de vue de leur valeur. On estimait l'apport du mari, pour le comparer à celui de la femme, que l'on suppose également estimé. Le mot *pecuniæ* qui, d'après son étymologie, ne désigne pas toujours de l'argent, mais des biens, des richesses, indique clairement dans notre phrase une valeur pécuniaire, déterminée au moyen d'une estimation, qui vaut vente d'après les idées habituelles des Romains. César a voulu indiquer que le but des parties était de laisser au mari la propriété des objets apportés, en attribuant au survivant une créance, un droit à la valeur totale des apports. Indé-

pendamment du rapprochement des expressions *tantas... quantas*, qui indique une corrélation de valeurs. Tous les mots de la phrase suivante corroborent notre interprétation. *Hujus omnis pecuniæ ratio habetur* s'entend naturellement de valeurs réunies par le calcul, pour former un capital dont le chiffre est constaté pour servir de base au compte des intérêts qui seront attribués, avec la somme primitive, au survivant.

En vain, dirait-on que César, par l'expression *dotibus communicant pecunias*, a exprimé un apport de biens en nature, pour être administrés et rendus en espèce avec les biens dotaux. Il est tout aussi simple d'interpréter ce membre de phrase en ce sens : que le mari forme une seule masse de capitaux égaux, soumis à sa libre exploitation.

L'opinion contraire à la nôtre voit aussi dans les mots *fructus servantur* l'indisponibilité des fruits naturels des biens apportés comme objets certains. Cette interprétation est conséquente avec la première, mais ici la conséquence n'est-elle pas la condamnation du principe? Quoi ! les Gaulois auraient dû conserver les fruits de leurs richesses habituelles, c'est-à-dire le lait, les œufs, les denrées et les récoltes de toute nature pendant la durée du mariage! C'eût été pousser bien loin l'abus de l'esprit conservateur! M. Troplong a très-bien compris l'étrangeté du système universellement enseigné ; il l'a diminuée, en obligeant seulement le mari à rendre compte de la valeur de tous les fruits ; encore cette conclusion lui paraît-elle exorbitante : *Cette totalité des revenus qu'on met en réserve, conception tellement singulière*, dit-il, *qu'on ne voudrait pas le croire si César n'en était pas garant*. — Nous croyons qu'il y a moyen d'expliquer rationnellement le système décrit par César, et que cette prétendue bizarrerie est l'œuvre des plus anciens interprètes des *Commentaires*, qui ne se sont pas rendu un compte exact de la situation faite au mari gaulois.

Les mots *fructus servantur* signifient seulement que ces fruits, les revenus, étaient réservés propres. En un mot, le mari, devenu propriétaire d'un apport estimé et débiteur de sa valeur, ne recevait en dot que la *jouissance des fruits* de cette valeur. Il l'exploitait à son profit durant le mariage, mais, en restituant la somme, ses héritiers restituaient aussi les revenus ordinaires, les intérêts habituels ; ils ne gagnaient que les bénéfices prove-

nant de l'emploi de ce capital, comme cela arrive à tout emprunteur.

Il est vrai que l'expression *fructus*, dans son sens propre, se rapporte aux fruits naturels. De cette remarque on conclurait que les biens étaient dus en nature, car, dans le cas contraire, César eût employé le mot *usuræ*. Nous répliquerons d'abord que c'est pousser à l'excès l'exactitude du langage juridique, pour l'interprétation d'un livre de mémoires historiques ; mais bien plus, la langue des jurisconsultes rapproche à chaque instant les fruits des intérêts. Un titre du Digeste traite cumulativement *de usuris et fructibus;* en outre, l'intention d'un testateur qui veut donner l'usufruit d'une somme d'argent s'exécutait par équivalent, au moyen d'une attribution de propriété au légataire, avec charge de rendre une somme égale, à l'extinction de ce qu'on appelle le *quasi-usufruit* [1]. La jouissance intérimaire de cette somme était donc assimilée à la perception des fruits d'un bien déterminé. Ulpien, dans le fragment 34 du livre XXII, titre I, du Digeste, consacré spécialement à cette matière, s'exprime ainsi : « *Usuræ vicem fructuum obtinent, et merito non debent à fructibus separari,* » indiquant par là qu'il existe un motif de les soumettre à des règles semblables. Le même jurisconsulte, dans la loi 36, assimile les loyers des maisons à des fruits : « *Prædiorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur.* » Or, cette idée commune aux mots *fructus* et *usuræ*, c'est l'idée de *revenus*. Pourquoi César, parlant d'un capital en argent, n'aurait-il pas employé ici l'expression *fructus* dans cette acception générale, pour désigner les intérêts habituels de ce capital, lesquels n'étaient pas dotaux, puisque la restitution en était due? Enfin, *fructus superiorum temporum* se réfère évidemment à un calcul d'intérêts, où l'on prend pour base une série de temps égaux, autrement l'auteur eût parlé simplement des fruits perçus pendant le mariage. Les textes du droit romain emploient perpétuellement les mots *ratio habetur*, pour indiquer, comme dans notre passage, un compte d'intérêts. C'est ce qu'on voit notamment dans une constitution de l'empereur Alexandre, au Code de Justinien [2].

[1] V. Inst. Just., II, IV, 2.
[2] C. 13, *De usuris*, IV, 32.

Nous avons essayé de réfuter les interprétations les plus généralement admises de la phrase de César. Il convient maintenant d'exposer directement et de justifier notre système. L'idée première nous en a été suggérée par l'explication de certaines lois romaines sur la dot, dans l'excellent Commentaire dû au célèbre doyen de la Faculté de droit de Paris [1], M. Pellat, cet éminent romaniste, qui vient enfin de prendre sa place à l'Académie des sciences morales, aux applaudissements de tous les jurisconsultes. M. Tardif, aujourd'hui professeur à l'École des Chartes, paraît avoir puisé à la même source le germe d'un système analogue, qu'il a publié le premier, en 1850, dans une remarquable thèse de docteur sur les *Origines de la communauté conjugale* [2]. Nous ne pouvons donc faire autre chose que de rectifier au besoin cette interprétation, et la développer en la corroborant, si c'est possible, par de nouveaux arguments [3].

D'abord, une première règle, demeurée inaperçue, nous semble résulter du texte en question; c'est que la femme gauloise n'était nullement tenue, de droit commun, d'apporter au mari tout ou partie de ses biens en dot; ainsi les époux, à défaut de constitution expresse, ou pour les biens non compris dans la clause d'apport, devaient être considérés comme séparés de biens. Les mots *viri... quantas pecunias... receperunt* semblent bien indiquer un apport purement accidentel, mais non de l'essence du régime nuptial.

C'est un état de choses semblable à ce qui se passait à Rome, où la paraphernalité était la règle générale; — de plus, aucune expression du texte ne concède au mari la jouissance ou même l'administration des biens de la femme, demeurés propres. Nous voici bien loin du *mundium* germanique et de la communauté légale !

[1] P. 319 et 345 de la première section.

[2] Nous étions arrivé au même résultat, lorsque nous avons dû à l'obligeance d'un des savants directeurs de la *Revue historique*, M. E. de Rozière, la connaissance du travail de M. Tardif.

[3] Notre manière de voir a été depuis adoptée dans une intéressante thèse de docteur sur les *Origines de la communauté*, par M. L. Passy, archiviste paléographe (Paris, 1857), où l'on trouve des documents nombreux et inédits sur les contrats de mariage pendant la période diplomatique du droit français.

Quant aux clauses décrites par César, elles supposent des apports d'une certaine valeur. Elles étaient probablement usitées parmi les classes aisées de la population [1], dont César a dû naturellement se préoccuper, puisque la masse du peuple semblait être tombée dans un état voisin de la servitude. Peut-être y avait-il déjà, dans la condition des époux de cette dernière catégorie, une communauté de fait qui aurait précédé naturellement les communautés serviles du moyen âge.

Quoi qu'il en soit de cette conjecture, voici notre analyse du régime en question : La femme apportait à son époux, *en pleine propriété* [2], des biens d'une valeur déterminée ; le mari promettait de tirer de sa fortune des biens d'une valeur égale, dont il gardait aussi la propriété et la libre administration. Ces apports réunis formaient un capital qu'il employait à son profit, s'engageant seulement, pour ses héritiers, à restituer une somme égale avec les intérêts ordinaires à raison de la durée du mariage, sous condition suspensive de la survie de la femme. Dans le cas de prédécès de celle-ci, la dette ne se réalisait pas pour le mari, qui profitait définitivement des valeurs apportées.

Mais, en supposant que la dette de restitution prît naissance, quel avantage le mari avait-il retiré d'une pareille constitution de dot? La réponse est bien simple. Indépendamment de la chance du gain de survie, le mari acquérait définitivement, pour lui et ses héritiers, les bénéfices, conquêts ou intérêts supérieurs, obtenus au moyen de l'exploitation des valeurs apportées par la femme et combinées avec ses propres apports, pour former un capital productif. C'est pourquoi la phrase de César ne mentionne aucune restitution des gains, *quæstus* ; elle nous apprend seulement que le mari n'a pas la jouissance définitive du fonds, puisqu'il doit les revenus ; mais il a la jouissance des fruits, ou les fruits des fruits.

Nous devons maintenant prévoir quelques objections au moins spécieuses. On dira peut-être que le prêt à intérêt n'était pas

[1] C'est l'opinion d'un jeune savant, fort autorisé en cette matière, M. E. de Rozière.

[2] C'est ce qu'indiquent les mots *dotis nomine receperunt*, dans la langue latine.

pas connu ou du moins fort usité en Gaule, et que, dans tous les cas, le mari n'eût pas trouvé facilement un emploi de son capital assez lucratif, pour qu'il gagnât quelque chose à de semblables conventions.

Le première fin de non-recevoir doit être écartée, parce qu'elle tend à confondre avec les Germains, les Gaulois, peuple opulent et civilisé [1]. Depuis longtemps les richesses monnayées avaient pris en Gaule un grand développement [2]; ils exploitaient des mines considérables [3] et entretenaient des relations commerciales avec les Phéniciens, les colonies grecques [4], les Germains et même les Bretons. L'agriculture florissait [5] chez cette race industrielle [6], qui, d'après César, savait imiter toutes les autres nations et n'était pas étrangère aux manufactures [7]. Enfin, on sait que les Gaulois affermaient par adjudication l'impôt des cités [8]. Il y avait donc chez eux des capitalistes habiles à rechercher le meilleur emploi de leur argent. Est-il croyable qu'ils furent moins avancés à cet égard que les Romains à l'époque de la loi des Douze Tables? Au contraire, on doit admettre que la plupart des nobles ou chevaliers, comme autrefois les patriciens, prêtaient aux plébéiens à des conditions rigoureuses. De là, ces clients *obærati* que César nous montre forcés d'abandonner leur liberté à leurs créanciers [9]. Enfin, les immenses richesses que rapporta le pillage de la Gaule et le taux du tribut qui lui fut imposé annoncent un tel développement du capital, que l'usage du prêt à intérêt avait nécessairement contribué à son extension [10].

Cette solution de la première difficulté permet de réfuter plus aisément la seconde objection. Si le capital trouvait en Gaule des facilités d'exploitation, le mari devait avoir intérêt à se procurer

1 V. Cæsar, *Comm.*, VI, 24.
2 Pétigny, *Etudes mérovingiennes*, p. 17 et 39.
3 Cæsar, II, 1; III, 21; VII, 22; Strabon, lib. IV.
4 Cæsar, III, 8; IV, 2.
5 Moreau de Jonnès, *Statistique des peuples anciens*, t. II, p. 641.
6 Cæsar, VII, 22.
7 Moreau de Jonnès, *loc. cit.*, p. 660 et suiv.; Cæsar, *ibid.*, VII.
8 *Comm.*, VI, 13.
9 *Ibid.*
10 Moreau de Jonnès, *loc. cit.*, p. 678 et suiv.

une valeur, dût-elle être restituée avec intérêt à la dissolution par son prédécès.

Combien d'ailleurs ce système ne paraît-il pas plus vraisemblable que l'indisponibilité des apports, des acquêts et des fruits ! Un tel régime eût été d'autant plus défavorable au mari, que les biens apportés par la femme auraient été plus considérables. Ainsi, le plus sûr moyen de courir à sa ruine eût été d'épouser une femme riche, et la dot négative que Molière fait proposer à Harpagon eût été bien préférable à cette clause qui forçait le mari d'immobiliser une valeur égale à la dot de la femme, sans pouvoir toucher ni aux acquêts, ni aux fruits ! L'obligation, pour les héritiers du mari, de restituer à la femme survivante le double de ses apports avec les revenus, ne se comprend qu'à la condition de leur laisser au moins les biens apportés en nature et les bénéfices légitimes qu'a pu procurer leur exploitation.

C'est ce qu'avaient parfaitement saisi les jurisconsultes romains ; car nous nous trouvons en présence d'une clause analogue à celle qu'admet la loi 4, *De pactis dotalibus*, au Digeste, que nous analyserons bientôt. Ces esprits éminemment judicieux et pratiques avaient bien vu que l'emploi de l'argent peut procurer un avantage supérieur à l'intérêt même ordinaire. Quant au sophisme du *sac de dariques*, qui n'enfante pas une seule pièce après un délai donné, leur raison l'écartait malgré l'autorité d'Aristote, contraire à la légitimité de l'intérêt de l'argent. Aujourd'hui, cette bizarre théorie n'arrête pas davantage non-seulement ceux qui ont lu Turgot, Smith et Bastiat, mais les hommes de sens les plus étrangers à l'économie politique. Écoutons ce que dit Ulpien, au sujet de la tradition d'un fonds par la femme au mari, avec charge de restitution *même des fruits* de ce fonds : « *Erunt igitur in dote fructus, et fruetur iste usuris quæ ex fructibus collectis et in sortem redactis percipi possunt... ut si ob hoc ei majorem dotem mulier dedit, quia fructus volebat esse dotis, contento marito ea pecunia quæ ex usuris redituum colligetur, posse dici conventionem valere, nec enim videtur sterilis esse dos.* » Seulement remarquons que ce texte ne suppose pas même un fonds livré sur estimation, comme notre phrase de César. Tout ce que nous voulons prouver ici, c'est qu'on pouvait réduire la dot, pour le mari, aux fruits des fruits.

Mais, répliquera-t-on, ce texte n'est décisif qu'au point de vue des Romains, pour lesquels il démontre la validité de la clause en question!

Cet argument tombe devant un rapprochement par lequel nous proposons de rattacher directement le fragment d'Ulpien, cité plus haut, aux usages mêmes des Gaulois. En effet, ce texte est tiré, comme son inscription en fait foi, du livre 31 d'Ulpien sur Sabinus. Or, la loi 9, § 3, *De jure dotium*, au Digeste, a été extraite, par les compilateurs du même livre, de ce commentaire d'Ulpien. Le jurisconsulte y traite d'une clause par laquelle la femme, tout en livrant des biens au mari, veut s'en réserver les fruits, et cite à ce sujet le nom de *peculium, donné par les Gaulois* à cette nature de biens : « *Cæterum si res dentur in ea quæ Græci* παράφερνα *dicunt, quœque Galli peculium appellant, videamus an statim efficiuntur mariti? Et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti; et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oporteat sed condici, nec dotis actione peti, ut D. Marcus et imperator noster cum patre rescripserunt.* » Ainsi, dans ce cas même, on pourrait convenir que le mari acquerrait *la propriété* des biens dont il s'agit, sauf à en devoir la restitution avec celle des fruits. Notre texte prouve qu'Ulpien avait une connaissance précise des régimes usités chez les Grecs et chez les Gaulois. Il paraît assez naturel d'admettre qu'il discutait, dans ce livre XXXI de son Commentaire sur Sabinus, la validité, au point de vue du droit romain, de conventions introduites par des étrangers, devenus citoyens romains au plus tard depuis la fameuse constitution de Caracalla[1]. Les empereurs et les jurisconsultes avaient admis ces clauses, peu conformes aux habitudes romaines, mais non pas inconciliables avec les principes du droit[2]; et, suivant nous, la loi 4 *De pactis dotalibus* se relie ainsi par un lien logique à la loi citée plus haut et aux usages gaulois décrits par César.

Il n'y a donc pas de difficulté sérieuse à borner le mari à la jouissance des fruits.

Au contraire, le système qui consacre l'indisponibilité des biens, des acquêts et des fruits, fait naître les plus graves em-

[1] V. Fr. 17, *De statu hominum*, ff. I, 5.

[2] M. Tardif, p. 14, admet aussi cette opinion.

barras. Il reconnaît chez les Gaulois, au temps de l'invasion, un système de garanties qui n'était pas même encore organisé au profit des femmes romaines, à l'époque de César. Ces garanties pouvaient d'ailleurs paraître superflues, en présence de l'intérêt actuel qu'avait le mari à bien administrer, et de la chance du gain de survie auquel il était appelé.

Enfin, il nous semble plus sûr d'expliquer la lettre des *Commentaires* de César, en nous appuyant sur les lois romaines, que sur le code Venedotian et sur celui de Howell. Cependant, l'autorité qui s'attache à l'avis de M. Laferrière nous détermine à résumer ici rapidement les règles du régime dotal en vigueur chez les Cambriens. Un prix d'achat était payé par le mari aux parents de la femme, et le taux en variait suivant la classe dont elle faisait partie. Quelquefois le prix était livré à la femme elle-même, quelquefois au roi [1]. En récompense, le mari faisait un don à son épouse le lendemain des noces, *maiden fee;* chez les Gallois, *l'eggwedi* était donné au moment du mariage. La jouissance de tous ces objets devait rester au mari ; mais, quant aux biens patrimoniaux de la femme, lesquels consistaient en bestiaux, ils lui demeuraient propres [2]; en effet, elle était exclue de la possession des immeubles [3].

Dans le cas où le mariage finissait, avant sept ans, par le divorce, le mari devait rendre à la femme les objets donnés. En cas de dissolution après ce délai, nous voyons apparaître une sorte de communauté et un véritable partage égal des biens apportés de part et d'autre [4]. Remarquons, du reste, que la femme était, sauf certaines distinctions relatives au rang, frappée d'incapacité pendant le mariage [5].

[1] V. MM. Laferrière, t. II, p. 66; de Courson, *Mémoire sur les coutumes féodales* (*Revue de législation*, 1847, p. 385); Kœnigswarter, *Organisation de la famille*, p. 41; Venedotian, *Cod.*, II, 1, 42, 50; Dimetian, *Cod.*, II, 18, 1.

[2] Gwentian, *Cod.*, II, 27, 29.

[3] V. M. Kœnigswarter, p. 47.

[4] *Leg. Wall.*, I, II, 2; Gwentian, *Cod.*, II, 29, 5, 11; Dimetian, *Cod.*, II, 18, 1.

[5] M. Kœnigswarter, p. 43; Gwentian, *Cod.*, II, 29, 17, 18; Dimetian, *Cod.*, II, 18, 11, etc.

§ 5. — Modalités et causes d'extinction du régime nuptial.

Nous n'aurons que peu de choses à dire des modalités dont étaient affectés les droits des époux gaulois. On a déjà vu que l'obligation de restituer les apports était conditionnelle. Dans le droit postérieur de la basse Bretagne et du pays de Galles, la communauté même était conditionnelle.

César ne nous fait connaître qu'un mode d'extinction du régime nuptial des époux gaulois : la mort de l'un des conjoints. Mais l'étendue de la puissance du mari rend vraisemblable l'existence, à son profit, du droit de répudiation.

Elle était certainement admise dans les lois de Howell, malgré l'influence chrétienne [1]. Le mari répudiait son épouse au moyen d'un message, dont l'usage fut peut-être emprunté aux traditions romaines. La femme reprenait sa dot, à moins que le divorce n'eût eu pour cause sa mauvaise conduite. Mais elle-même ne pouvait divorcer que dans trois cas particuliers, et alors elle avait le droit de réclamer ses apports [2].

Il ne nous reste plus, en terminant cet examen d'une question si délicate et si controversée, qu'à poser en peu de mots les conclusions où il nous a conduit, relativement aux rapports du régime des Gaulois avec la communauté. Il en diffère profondément : 1° en ne faisant pas entrer dans une masse commune les produits de la collaboration et les acquêts des époux; 2° en ne donnant aucun droit aux héritiers de l'époux prédécédé, pas même celui de reprendre les apports provenant du chef de leur auteur [3]. En un mot, il y a une dot restreinte à la jouissance des fruits d'un capital, avec gain de survie réciproque.

Ce système ne peut donc pas être regardé comme l'origine de notre communauté. Mais il contient un germe d'association, puisque le survivant des époux doit profiter de la conservation du capital apporté de part et d'autre. Ainsi la femme est intéressée à la bonne gestion des biens qui servent de gage à sa créance éventuelle.

[1] V. M. Laferrière, II, p. 66; Wott, *Wall. leg.*, p. 28.

[2] *Wall. leg.*, II, 1, 4 et 12.

[3] Ce qui distingue nettement ce régime de la clause prévue par l'article 1525 C. Nap.

On conçoit que ce germe ait pu être fécondé plus tard par le contact des lois barbares et par l'influence de l'Église, qui, pour relever le mariage et le mieux séparer des unions illicites, exigea la constitution d'une dot et tendit sans cesse à améliorer la position de la femme, considérée comme la compagne et l'associée inséparable du mari.

G. HUMBERT,
Docteur en droit, ancien sous-préfet.

DISSERTATION

SUR L'ACCROISSEMENT

ENTRE LES HÉRITIERS TESTAMENTAIRES ET LES COLÉGATAIRES

AUX DIVERSES ÉPOQUES DU DROIT ROMAIN.

CHAPITRE II.

§ 2. — Règlement des dispositions de dernière volonté d'après les lois Julia et Papia. — Combinaison des incapacités et des priviléges.

(Suite [1].)

Particularités du legs d'usufruit. — Nous avons déjà eu occasion de dire que les legs portant sur un usufruit restèrent, même après les lois caducaires, soumis aux règles de l'accroissement. Cette singularité n'avait pas échappé aux anciens auteurs; Ramos del Manzano et Heineccius s'accordent à la signaler. Seulement, le premier voit là une dérogation au principe de la caducité, due à l'interprétation des Prudents, tandis qu'Heineccius fait entrer cette exception dans les termes formels de la loi Julia et de la loi Papia en son chapitre LV.

Pour rendre compte de l'exclusion en cette matière du *jus caduca vindicandi*, Ramos [2] se borne à reproduire l'explication donnée à diverses reprises par Cujas, et qui consiste à dire que le fisc ne peut recueillir un usufruit, parce que, à raison de son existence perpétuelle, il absorberait la propriété même. Cujas restait fidèle, on le voit, à l'idée qu'il s'était faite des lois caducaires, dont le but, suivant lui, était d'enrichir directement l'Etat.

[1] Voyez *Revue historique*, année 1857, p. 161, 305 et 401; année 1858, p. 1, 101, 309 et 421.

[2] Liv. II, ch. XVI, n° 3, p. 174.

En laissant de côté ce motif, qui souvent n'aurait pas été applicable, le fisc n'arrivant qu'en dernière ligne à défaut de tout *pater*, il suffit de faire observer que la nature de l'usufruit, comme droit essentiellement attaché à la personne, ne se prêtait pas à une substitution au profit de tout autre individu. Il n'y aurait pas eu effectivement simple transmission de l'émolument laissé par le testateur ; c'eût été altérer et transformer radicalement l'objet du legs. C'est ce qui avait paru impossible soit au législateur même, soit aux jurisprudents. De là le maintien de l'accroissement en cette partie, ce qui explique, suivant la remarque d'Heineccius, comment les Pandectes contiennent un titre particulier (liv. VII, tit. II), sous la rubrique : *De usuf. adcresc.*, tandis que les compilateurs n'ont consacré aucun titre à l'accroissement entre colégataires en dehors de la matière de l'usufruit [1].

Ce serait néanmoins une erreur, à notre sens, que d'imaginer qu'on ne dût tenir aucun compte des lois Julia et Papia, toutes les fois qu'il s'agissait d'un legs d'usufruit. Nous ne saurions admettre qu'il existât pour cette sorte de legs une dispense des incapacités introduites par la nouvelle législation, et qu'il fût permis à un testateur d'éluder ces prohibitions, de manière à disposer efficacement en faveur d'un *cœlebs* ou d'un *orbus*, pourvu qu'il donnât à sa libéralité la forme de l'usufruit. Il n'y avait aucune

[1] Les raisons, qui ont fait subsister l'accroissement relativement à l'usufruit peuvent être étendues aux legs des autres servitudes personnelles, par exemple, de l'usage ; et il est permis de conjecturer qu'il y avait également accroissement entre les colégataires d'un pareil droit, nonobstant le silence des textes à cet égard. — Il nous semble que la force des choses exigeait aussi que l'on écartât l'application du privilège des *patres*, à l'égard du legs d'une servitude prédiale. Il y avait, en effet, impossibilité de transférer l'émolument du legs à toute autre personne, le propriétaire du fonds dominant étant le seul à qui le legs pût être utile. Si le légataire se trouvait incapable, s'il était *cœlebs*, le résultat de cette incapacité devait profiter directement à l'héritier. La servitude avait-elle été léguée à deux copropriétaires, il suffisait que l'un fût capable pour assurer l'effet du legs, qui, à raison de l'indivisibilité du droit, profitait, en même temps, au colégataire incapable. C'est ainsi que le legs de libération portant sur une créance, dans laquelle figuraient comme débiteurs deux *correi* dont l'un ne pouvait *capere*, entraînait cependant la libération des deux obligés, quand il y avait société entre eux, suivant la décision contenue dans la loi 29, *De liber. leg.*

raison pour ne pas faire subir à l'un la perte totale de son droit, pour ne pas réduire l'autre à ne prendre que moitié : c'était seulement au point de vue de la dévolution de ce qui défaillait, soit par l'effet des lois caducaires, soit pour toute autre cause, qu'il y avait dérogation à la règle ordinaire. Les anciens principes conservèrent à cet égard leur empire, ce qui entraînait l'application de l'accroissement, quand il existait des co-légataires en mesure de pouvoir invoquer ce bénéfice.

On conçoit, dès lors, que les jurisconsultes romains aient dû s'occuper d'établir la doctrine suivant laquelle fonctionnait le *jus adcrescendi*, maintenu en vigueur pour cette espèce de legs. Aussi, dans les extraits de leurs ouvrages qui ont servi à la compilation du titre *De usuf. adcresc.*, est-il possible de retrouver les règles de l'ancienne théorie générale de l'accroissement entre colégataires; surtout si on rapproche des Pandectes une source plus pure, mais malheureusement incomplète et mutilée, les paragraphes 75 et suivants des *Vaticana Fragmenta*, qui ont évidemment la même origine que le titre II du livre VII du Digeste.

Il en résulte que le droit d'accroissement avait pour base cette idée, que nous avons prise pour point de départ au commencement de notre travail, savoir : que plusieurs ayant été appelés à la même chose, ils ne devaient subir de réduction qu'à raison de leur concours. C'est, en effet, la règle que pose Ulpien, l. 3, pr., en reproduisant, comme nous l'avons déjà fait observer, les expressions de Celse : « *Totiens jus adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.* »

Cette unité de chose léguée se rencontrait dans le legs *per vindicationem*, tandis qu'elle faisait défaut dans le legs *per damnationem*. Les rédacteurs de Justinien ont omis à dessein cette distinction qui n'existait plus de leur temps; mais il n'est pas douteux qu'Ulpien n'exigeât, pour autoriser l'accroissement, la forme du legs *per vindicationem*, ainsi que l'indiquent les expressions *do lego*, qui figurent dans ce qui nous est parvenu du paragraphe 75 des *Vat. Fragm.* La doctrine d'Ulpien est confirmée par Paul, *Sent.*, liv. III, tit. VI, *De legatis*, § 26 : « *Cum conjunctim duobus usumfructum* DO LEGO, *legatum altero mortuo ad alterum in solidum pertinebit.* » D'un autre côté, le paragraphe 85 des *Vaticana Fragmenta* est formel pour exclure l'accroissement en ce qui concerne le legs fait *per damnationem*,

d'après le motif qu'il y avait alors diversité de choses léguées. « *Si tamen per damnationem ususfructus legetur, jus adcrescendi cessat : non immerito, quoniam damnatio partes facit.* » Les décisions contenues dans ce paragraphe ont été naturellement laissées de côté par Tribonien, parce qu'elles se référaient à un état de droit qui avait cessé d'être en vigueur [1].

Quant à l'unité de phrase ou de formule, c'est-à-dire quant à la *conjunctio verbis*, elle était indifférente pour fonder l'accroissement. Telle est la remarque formelle d'Ulpien, au paragraphe 77 des *Vaticana Fragmenta*, qui a passé presque intégralement dans la loi 1, § 3, *De usuf. adcresc.* « *Interdum tamen, et si non sint conjuncti, tamen ususfructus legatus alteri adcrescit : ut puta, si mihi fundi ususfructus separatim totius, et tibi similiter fuerit ususfructus relictus.* » Les *Vaticana Fragmenta* nous apprennent cependant que certains esprits avaient voulu limiter le bénéfice de l'accroissement aux légataires *conjuncti*, ce qui signi-

[1] Il est à remarquer que déjà, à l'époque des jurisconsultes, on s'était écarté de la ligne de démarcation si profondément tranchée autrefois entre les deux formes de legs. Cette déviation fut une suite du sénatusconsulte Néronien, qui marque véritablement le premier pas fait par la législation romaine dans la voie de la fusion des legs, fusion définitivement accomplie par Justinien. D'après ce sénatusconsulte, quand un legs avait été énoncé dans des termes qui ne lui convenaient pas, il devait être considéré comme fait *per damnationem*, Gaïus, II, 197 ; Ulp., *Reg.*, tit. XXIV, § 11. Ainsi, un testateur a légué *per vindicationem* l'usufruit de la chose d'autrui ; le legs sera validé, en le supposant fait *per damnationem*. Dans ce cas, si les légataires concouraient effectivement, il n'y avait pas place au droit d'accroissement qui, en matière d'usufruit, pouvait, on le sait, se produire encore après une jouissance divisée, lors du décès de l'un des usufruitiers. Toutefois, l'accroissement n'était exclu qu'autant que le colégataire venait à manquer postérieurement à la constitution de l'usufruit. Si, au contraire, il faisait défaut auparavant, l'autre légataire avait droit à la totalité. Cette solution nous est attestée par le paragraphe 85 du *Vaticanum Fragmentum*, qui, après le passage cité dans le texte, ajoute ce qui suit : « *Proindè, si rei alienæ usufructus legetur, et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est jus adcrescendi cessare, si modo post constitutum usumfructum fuerit amissus. Quod si antea socius amittat, erit danda totius petitio.* » — Que faut-il entendre par ces mots : *post constitutum usumfructum?* Le jurisconsulte fait sans doute allusion à la prestation réelle de l'usufruit, qui, concédé une fois pour moitié à chaque légataire, les laissait désormais sans lien entre eux. Mais, tant qu'il n'y avait pas eu exécution du legs, on tenait compte de la volonté du testateur, qui, en employant la formule *per vindicationem*, avait entendu laisser à chacun la totalité à défaut de concurrent.

fiait pour eux : gratifiés par une seule et même disposition. Mais Julien, dont le sentiment est appuyé par Ulpien, avait repoussé cette opinion. « *Vindius tamen, dum consulit Julianum, in ea opinione est, ut putet non alias jus adcrescendi esse, quam in conjunctis; qui responso ait : nihil refert, conjunctim an separatim relinquatur.* » Rappelons-nous seulement ici que la qualification de *conjuncti* entre colégataires a été abusivement, suivant nous, considérée comme devant être attachée à la forme du langage, et non à l'identité de la chose léguée, ce qui a entraîné, ainsi que nous avons eu occasion de le faire observer, l'exclusion du *jus caduca vindicandi* par rapport aux colégataires *disjuncti verbis* bien que *conjuncti re*.

Avant de quitter ce sujet, nous nous arrêterons à examiner une autre singularité, déjà indiquée, dans les règles de l'accroissement par rapport à l'usufruit, et qui consistait en ce que, même après le concours réalisé de divers ayant droit, l'accroissement s'opérait encore au profit du survivant, bien qu'il eût peut-être perdu sa propre part. L'existence de cette singularité dans la législation romaine ne peut faire l'objet d'un doute. Elle est relevée en ces termes par Ulpien, § 77, *Vat. Fragm.* : « *Sed in usufructu hoc plus est... quod et constitutus nihilominus amissus jus adcrescendi admittit.* » Cette doctrine a été conservée par Justinien, qui a reproduit dans la loi 1, § 3, *De usuf. adcresc.*, la décision d'Ulpien. Seulement, la manière dont les jurisconsultes justifiaient uniformément [1] ce droit de survivance a paru à bon droit susceptible de critique. L'usufruit, disaient-ils, à la différence de la propriété, se constitue jour par jour ; le legs, en pareil cas, se répète quotidiennement : « *Ususfructus quotidie constituitur et legatur.* » De là ils tiraient cette conclusion que, du moment où l'un des usufruitiers ne rencontrait plus de rival pour la jouissance future, il devait l'absorber en entier à lui seul. « *Cum primum itaque non inveniet alterum qui sibi concurrat, solus utetur totum.* » Mais précisément ce point de vue d'une répétition quotidienne du droit était repoussé à d'autres égards par la jurisprudence romaine, qui ne voyait dans le legs d'usufruit qu'un legs unique, dont le *dies cedit* avait lieu à un

[1] Cette uniformité est attestée par Ulpien, qui s'exprime ainsi : « *Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt.* »

seul instant, une fois pour toutes. Si te testateur voulait diviser le legs, et le faire ouvrir à diverses reprises, il fallait qu'il prît la précaution de léguer itérativement, à telles ou telles périodes, *in dies, vel menses, vel annos singulos*, ce qui donnait à sa disposition le caractère d'un legs multiple, ou plutôt d'une série de legs, dont le premier était pur et simple, tandis que les autres étaient conditionnels, l. 4, *De ann. leg.*

N'est-il pas permis de reprocher aux jurisconsultes d'être tombés en contradiction en admettant ces deux idées : d'une part, la survivance quant à l'accroissement fondée sur la répétition journalière de l'usufruit ; d'autre part, l'unité du *dies cedit* pour le legs ordinaire d'usufruit ? Cette contradiction semble en quelque sorte accusée par Ulpien, qui, dans la loi *unic.*, pr., *Quando dies legat.*, proclame l'unité du *dies cedens*, bien que l'usufruit, dit-il, se compose de faits successifs de jouissance. Ce caractère successif, attribué à l'usufruit, paraîtrait devoir entraîner la reconnaissance d'une pluralité de droits, dont chacun s'ouvrirait à son tour. Dès lors, ne devrait-il pas y avoir un *dies cedens* particulier pour chacun d'eux ? Comment, d'ailleurs, l'usufruit se perd-il pour l'avenir par le non-usage, si on peut dire de lui, comme on le fait en matière d'accroissement : « *Quotidie constituitur ?* » Peut-on perdre par le non-usage un droit qui n'existe pas encore, qui ne se constituera qu'ultérieurement ? Aussi disait-on, quant à l'*habitatio*, qu'elle échappait à l'extinction par le non-usage, parce qu'on y voyait un avantage quotidiennement répété, et que, par suite, on lui donnait la nature d'un fait plutôt que celle d'un droit. « *In facto potius quam in jure consistit.* » L. 10, *De cap. min.*

Nous ne nous étonnons point sans doute que cette dernière appréciation ait été écartée pour l'usufruit. L'esprit le conçoit très-bien comme un droit unique, prenant son assiette à un seul instant, bien qu'il ait pour résultat d'autoriser une suite de faits, qui doivent se produire par intervalles. C'est l'exercice du droit seulement qui est répété ; mais tous les actes d'exercice, bien que séparés par le temps, ont leur source dans le droit lui-même, qui se constitue à un moment donné, une fois pour toutes. La propriété elle-même se résume en définitive en des actes d'exercice multipliés, sauf que leur continuation n'est pas précaire comme elle l'est quant à l'usufruit. Il est donc possible

de se rendre compte de l'unité du *dies cedit* pour un legs d'usufruit tout aussi bien que pour un legs de propriété. Mais alors il faut renoncer à dire de l'usufruit : « *Quotidie constituitur et legatur.* »

Tout en faisant justice du motif allégué par les jurisconsultes romains, des auteurs modernes approuvent néanmoins leur décision, mais en l'appuyant sur une autre raison, en lui donnant pour base l'interprétation de la volonté du défunt, qui, de notre aveu, est le véritable fondement du droit d'accroissement. Quand il y a legs de propriété, disent-ils, l'accroissement ne peut être admis en faveur du survivant, parce qu'il s'agit d'un droit perpétuel de sa nature, et que le disposant a entendu laisser passer la chose aux héritiers de chacun des titulaires qui aura recueilli. Mais, en matière d'usufruit, la transmission héréditaire n'étant pas possible, c'est se conformer à l'intention du testateur que de concentrer les effets du legs sur la seule tête qui soit apte à en jouir désormais, tant que l'un des appelés existe encore, puisque chacun d'eux a été préféré par le défunt à ses héritiers. En partant de là, ils admettent que la règle de la jurisprudence romaine doit être appliquée de nos jours, comme le faisait autrefois Pothier, qui, du reste, se borne à peu près à reproduire l'explication qu'il avait trouvée dans les Pandectes [1].

Nous ne saurions, pour notre compte, souscrire à cette doctrine, qui, suivant nous, a été justement repoussée par notre savant collègue M. Bugnet, dans ses notes sur Pothier [2]. Toute idée de caducité, comme le fait remarquer judicieusement cet auteur, doit être mise de côté, et, par suite, toute application de l'accroissement, lorsque les divers légataires ont recueilli. En vain dit-on que le défunt a préféré pour l'usufruit chacun des légataires à ses héritiers. Cette observation n'est exacte qu'autant que le droit n'appartient qu'à un seul. En cas de concours, le défunt a voulu deux usufruits ; car il a voulu un partage avec ses conséquences ; et l'effet de ce partage est de créer deux usufruits indépendants l'un de l'autre. Il est vrai que le sort de la nue propriété réservée aux héritiers variera suivant qu'il y aura concours ou non. Mais ce n'est pas la seule hypothèse où l'on puisse appliquer cet adage : « *Ex facto*

[1] *Traité des donations testamentaires*, ch. VI, sect. V, § 111, n° 346.
[2] Voir t. VIII, p. 325, note 1.

jus oritur. » Cette influence des événements quant à la position des héritiers était reconnue sur ce point par les jurisconsultes romains eux-mêmes. Nous avons vu que, depuis le sénatus-consulte Néronien, le legs d'usufruit laissé *per vindicationem* sur la chose d'autrui était validé comme s'il eût été fait *per damnationem.* Dans ce cas, s'il ne se présentait qu'un seul légataire, on lui accordait bien l'usufruit de la totalité ; mais, si les héritiers étaient obligés de constituer un usufruit pour moitié au profit de chaque légataire, les deux usufruits restaient distincts, et la mort du premier usufruitier amenait un retour partiel de l'usufruit à la propriété.

Extension des lois caducaires aux donations à cause de mort et aux fidéicommis. — Les prescriptions des lois Julia et Papia, quant à l'interdiction du *capere posse,* ne s'appliquaient taxativement qu'aux institutions d'héritier et aux legs. Par suite, les incapacités qui avaient été imaginées purent d'abord être éludées d'une double façon, soit par la voie d'une donation à cause de mort, soit par celle d'un fidéicommis. L'un et l'autre de ces expédients ne tardèrent pas à être proscrits, et du temps des jurisconsultes la caducité atteignait ces diverses dispositions de dernière volonté. Le développement des règles nouvelles à cet égard fut opéré par la forme de législation la plus usitée à cette époque, c'est-à-dire au moyen de sénatus-consultes.

En ce qui touche les donations à cause de mort, la date de l'innovation nous est inconnue ; mais nous savons qu'elle émana du sénat, par un fragment de Paul, extrait de ses commentaires sur les lois Julia et Papia, la loi 35, pr., *De mort caus. donat.* « *Senatus censuit, placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent quæ testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret.* » Dès lors, on dut traiter les donataires à cause de mort de la même manière que s'il se fût agi de legs. C'est à ce point de vue qu'il faut se placer, pour comprendre ce que dit Africain, l. 22, *eod. tit.* « *In mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit.* »

Les Latins Juniens, qui, à l'instar des *cœlibes*, étaient privés absolument du *jus capiendi hereditates vel legata,* furent également déclarés incapables de recueillir une donation à cause de

mort. L'assimilation entre les legs et les donations qui nous occupent est faite dans les termes les plus généraux par Paul, dans la loi 9. « *Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possunt.* » Aujourd'hui, les *Vaticana Fragmenta*, § 259, nous ont fait connaître une réponse de Paul [1], qui prouve, à raison du soin que prend le jurisconsulte d'écarter l'hypothèse d'une donation à cause de mort, que la solution aurait dû être inverse, si la libéralité avait été faite à ce dernier titre. « *Mulier sine tutoris auctoritate prædium stipendiarium instructum non mortis causa Latino donaverat : perfectam in prædio cæterisque rebus nec mancipi donationem esse apparuit; servos autem et pecora quæ collo vel dorso domarentur, usu non capta. Si tamen voluntatem mulier non mutasset, Latino quoque doli profuturam duplicationem respondi : non enim mortis causa capitur quod alteri donatum est, quoniam morte Cinciâ removetur* [2]. » Cette interdiction pour les Latins Juniens de la

[1] Suivant la plupart des éditeurs. MM. de Buchholtz et Vangerow s'accordent au contraire pour attribuer cette décision à Papinien.

[2] Dans l'espèce prévue, la donation des *res nec mancipi* est validée comme donation entre vifs. La tradition suffisait, même depuis la loi Cincia, pour parfaire à l'égard de toute personne la donation d'un fonds provincial, § 293, *Vat. Fragm.* Quant aux choses mobilières, il faut supposer que le donataire avait une possession dont la durée l'eût fait triompher sur l'interdit *utrubi* à l'encontre de la donatrice. Il en est autrement quant aux *res mancipi*, qui n'avaient pas été mancipées, et pour lesquelles l'usucapion n'avait pas été accomplie. Le temps avait manqué au donataire; car, si Gaïus, II, 80, nous dit qu'une femme ne pouvait aliéner une *res mancipi* sans l'*auctoritas tutoris*, cela n'empêchait point la femme d'aliéner la possession, § 1, *Vat. Fragm.*, et de constituer un tiers *in causa usucapiendi*. L'interdiction d'usucapion, qui protégeait les *res mancipi* des femmes en tutelle, ne s'appliquait, suivant Gaïus, II, 47, qu'à celles qui étaient *in tutela adgnatorum*; et cette tutelle avait été depuis longtemps supprimée par la loi Claudia, Gaïus, I, 171. En fait, la donatrice, de son vivant, aurait pu revendiquer les *res mancipi*, en repoussant l'exception *rei donatæ et traditæ* au moyen de la réplique *legis Cinciæ*. Le même droit n'appartient pas à ses héritiers, d'après la règle qui prévalut « *morte Cincia removetur*, » laquelle autorisait le donataire à paralyser la réplique *legis Cinciæ* dans la main des héritiers par la voie de la *duplicatio doli* dont il est question dans le texte. On ne peut pas, fait observer le jurisconsulte, appliquer à l'acte la qualification de donation à cause de mort, en argumentant de cette circonstance que c'est la mort de la donatrice qui met le donataire à l'abri d'une revendication, et qui rend ainsi la donation parfaite. Il est impossible de considérer comme étant pris *mortis causa* ce qui a été donné (sous-entendu

faculté de recevoir des donations à cause de mort mérite d'être signalée, parce que, à l'occasion des fidéicommis, nous aurons à constater qu'on leur reconnut la capacité d'être gratifiés de la sorte, bien qu'elle eût été enlevée aux célibataires.

L'extension aux donations à cause de mort de la nécessité du *jus capiendi* présente d'autant plus d'importance que, aux yeux des Romains, si la faculté de révoquer *ad nutum* était sous-entendue dans cette sorte de donation, elle ne lui était pas essentielle. Le donateur pouvait s'interdire le *jus pœnitendi;* il suffisait, pour qu'il y eût donation à cause de mort, qu'elle fût subordonnée au prédécès du donateur. Sans doute une libéralité, dont le maintien ne dépend pas du libre arbitre du donateur, qu'il n'a l'espoir de reprendre qu'autant qu'il survivra, devrait plutôt, dans une bonne législation, avoir le caractère d'une donation entre vifs. Aussi serait-elle autorisée sous notre Code, qui, tout en excluant la donation à cause de mort, permet néanmoins de stipuler dans une donation le retour en cas de prédécès du donataire, art. 951 C. Nap. Mais, malgré les efforts qui ont été faits par divers auteurs pour introduire comme élément essentiel à la donation à cause de mort des Romains la révocabilité arbitraire de la part du donateur, cette doctrine est trop nettement condamnée par les lois 13, § 1, et 35, § 4, *De mort. caus. donat.*, pour que nous puissions l'adopter. On peut joindre à ces textes un fragment bien connu, la loi 42, pr., *eod. tit.*, dans laquelle Papinien, à l'occasion d'une donation que nous qualifierions aujourd'hui de donation entre vifs résoluble par la survie du donateur, décide comme un point incontestable (*denegari non potest*) qu'il y a eu donation *mortis causa*. Enfin, Justinien, dans la novelle 87, reconnaît d'une manière générale la possibilité d'insérer dans une donation *mortis causa* la clause de renonciation au droit de révoquer *ad nutum*, bien que la force des choses l'oblige à défendre de pareilles donations de la part des *curiales*, auxquels il était interdit de faire des donations entre vifs immobilières, parce qu'il voit dans une donation

entre vifs et d'une manière absolue); l'irrévocabilité de la donation grâce au décès de la donatrice n'est ici qu'un accident. Cette irrévocabilité se serait produite, même de son vivant, par l'accomplissement de l'usucapion.

à cause de mort ainsi modifiée un moyen d'éluder l'interdiction [1].

Nous sommes loin de méconnaître la valeur des objections qui peuvent être élevées contre ce système. Il est assurément difficile de comprendre qu'à l'égard d'une donation révocable seulement en cas de prédécès du donataire, les créanciers du donateur aient le droit de la faire tomber, sans avoir besoin de prouver la fraude du débiteur, et que, sous ce rapport, il y ait assimilation avec les legs, ainsi que l'établissent les lois 66, § 1, *Ad leg. Falcid.*, et 17, *De mort. caus. donat.* La faculté de se donner *mortis causa*, laissée aux époux, à côté de l'exclusion des donations entre vifs, ne se conçoit pas d'un autre côté, si elle peut être exercée de cette façon. Aussi regarderions-nous l'abdication du droit arbitraire de révocation comme devant être écartée ici. La règle posée par le sénatus-consulte de Sévère et Caracalla était, en effet, que le conjoint donateur devait toujours être libre de se repentir (*fas esse, eum quidem, qui donavit pœnitere*, l. 32, § 2, *De donat. int. vir*). Il ne faut pas oublier que la révocabilité *ad nutum* était de la nature de la donation *mortis causa ;* et c'est en la prenant avec ses éléments ordinaires qu'elle était permise entre époux [2]. Mais, quand il s'agissait de la portée des lois caducaires, l'incapacité de recueillir atteignait même la donation dans laquelle le donateur s'était dépouillé de la libre

[1] Le texte principal sur lequel s'appuient nos adversaires, la loi 27, *De mort. caus. donat.*, doit s'entendre d'une donation dans laquelle toute chance de révocation serait écartée, même advenant le prédécès du donataire. Pour qu'il y ait donation entre vifs, il faut que l'on donne *absolute*, comme le dit Papinien, l. 42, § 1, en abdiquant tout espoir de reprise, *spe retinendi perempta*. Peu importe, du reste, que le disposant ne se décide à donner qu'alors qu'il sent la mort prochaine, *in extremis vitæ constitutus*.

[2] C'est uniquement aussi à la donation ordinaire *mortis causa* que l'on peut appliquer cette phrase d'un jurisconsulte romain, qui résume si heureusement la différence de cette donation d'avec la donation entre vifs : « *Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult, quam eum cui donat, magisque eum cui donat quam heredem suum,* » l. 1, pr., *De mort. caus. donat.* La pensée égoïste, qui préside habituellement à la donation à cause de mort, cesse d'être vraie, du moment où l'on retranche le *jus pœnitendi ;* en vain supposera-t-on que le donateur a différé jusqu'à sa mort la transmission de la propriété, ou qu'il s'est réservé l'usufruit, comme dans l'exemple de la loi 42. Il n'en a pas moins perdu dès à présent la libre faculté de disposer des biens donnés.

faculté de révoquer, en ne se réservant d'autre chance de reprise que celle du prédécès du donataire. Remarquons que c'est à l'occasion des lois Julia et Papia que Paul caractérise de donation à cause de mort celle dont nous nous occupons. Après avoir indiqué dans le *principium* de la loi 35 la décision du sénat, il ajoute qu'elle donne lieu à de nombreuses questions dont il examinera quelques-unes. C'est en développant les diverses applications du sénatus-consulte qu'il arrive à déclarer dans le paragraphe 4 qu'il y a encore donation *mortis causa*, bien que le donateur se soit interdit le droit de reprendre à son gré ce qu'il avait donné [1].

Quant au sort des donations à cause de mort dont les titulaires ne pouvaient *capere*, la règle est énoncée par Paul, qui nous apprend qu'elles doivent être traitées comme le seraient des legs faits aux mêmes individus. Ce seront donc en première ligne les *patres* institués par le donateur qui devront profiter de la caducité ; à leur défaut, viendront les *legatarii patres ;* et enfin, si ceux-là manquent, l'émolument des donations se trouvera dévolu à l'*ærarium*, plus tard au *fiscus*. — Prenons garde toutefois que des legs supposent nécessairement un testament, tandis que des donations *mortis causa* sont possibles de la part de celui qui est décédé intestat. Dans ce dernier cas, comme il y aura absence de tout *pater, qui in testamento liberos habeat*, l'Etat seul sera-t-il fondé à bénéficier de la caducité ? Y aura-t-il lieu de dire avec Tacite : « *Ut si à privilegiis parentum cessaretur... ;* » ou bien devra-t-on faire abstraction des règles de la caducité pour abandonner le profit de ces déchéances aux héritiers légitimes ? C'est une question qui sera examinée quand nous nous occuperons du sort des fidéicommis laissés *ab intestat* à des personnes destituées du *jus capiendi*.

[1] Les Romains étendaient, en général, l'incapacité de recevoir par disposition de dernière volonté à tout ce qui était pris *mortis causa*, sans constituer une donation proprement dite. De là la distinction de la *donatio mortis causa*, et de la *mortis causa capio*, que fait notamment Marcellus dans la loi 38, *De mort. caus. donat.* Nous savons par Gaïus, II, 225 et 226, que les prohibitions des lois Furia et Voconia étaient ainsi conçues : « *Legatorum nomine mortisve causa capere.* » L'incapacité des lois Julia et Papia devait-elle s'entendre de la même manière ? Ulpien, l. 36, *De mort. caus. donat.*, admet en principe l'affirmative, bien qu'il fasse ensuite des distinctions dans l'examen desquelles nous n'entrerons pas.

L'examen de la matière des fidéicommis, dans ses rapports avec les lois Julia et Papia, nous présente d'abord le spectacle d'une tolérance dont on a peine à s'expliquer les motifs et la durée. Mais cette longanimité est suivie d'une réaction, sous l'influence de laquelle on punit avec rigueur les fraudes tentées par ce moyen, et on recherche scrupuleusement les indices de ces fraudes.

Chacun sait que, dans la législation romaine, les fidéicommis durent leur origine au désir d'éluder certaines incapacités, et aux efforts qui furent faits pour gratifier des personnes en faveur desquelles une disposition directe eût été impossible. L'exposé historique, contenu au paragraphe 1er, tit. XXIII, liv. II, Instit., *De fideic. hered.*, ne laisse aucun doute à cet égard. Le récit de Justinien est d'ailleurs confirmé par les commentaires de Gaïus, qui nous donnent même un renseignement précis sur le but primitif de cette institution. Il s'agissait surtout, dans le principe, pour les testateurs, de faire parvenir leurs libéralités de dernière volonté à des *peregrini*. Jusqu'au règne d'Hadrien, nous dit Gaïus, II, 285, « ... *peregrini poterant fideicommissa capere, et fere hæc fuit origo fideicommissorum.* »

Il est à remarquer que la voie des fidéicommis était employée bien avant l'époque à laquelle les incapacités dérivant des lois caducaires furent introduites dans le droit romain. Les écrits de Cicéron [1] nous apprennent que c'était un usage déjà pratiqué dès la jeunesse de cet orateur, qui assista, étant encore *adolescens*, à un conseil d'amis réunis par Sextilius, afin de les consulter sur le point de savoir s'il devait exécuter un fidéicommis dont il avait été chargé. Du temps d'Auguste, cet usage des fidéicommis n'avait fait que s'accroître ; et ils avaient pris dans les mœurs romaines une place si considérable, que cet empereur dut ordonner aux magistrats d'intervenir, pour apprécier s'il y avait lieu de contraindre le fiduciaire à respecter la volonté du défunt.

Dans cet état de choses, on devrait, ce semble, s'attendre à ce qu'Auguste, qui avait éprouvé une grande résistance pour faire passer ses lois Julia et Papia, et qui ne pouvait ignorer les répugnances qu'elles soulèveraient, aurait prévu, comme il était

[1] *De fin. bon.*, II, 17 et 18.

facile de le faire, que ces lois fourniraient un nouvel aliment aux fidéicommis, et qu'en conséquence il aurait pris des mesures pour fermer cette voie toute tracée à ceux qui ne manqueraient pas d'y avoir recours. Il n'en fut rien cependant ; et c'est un point maintenant bien constaté par le témoignage de Gaïus, II, 286, que, pendant plus de soixante ans après la promulgation de la loi Papia [1], et jusqu'à l'émission du sénatus-consulte Pégasien, les *cœlibes* et les *orbi* furent considérés comme étant aptes à recueillir des fidéicommis.

On ne saurait douter que, antérieurement à ce sénatus-consulte, les fidéicommis ne fussent usités pour gratifier des *cœlibes* ou des *orbi*, puisque le sénat dut s'occuper d'étendre à cette matière l'application des lois caducaires. Si Auguste n'avait pas enveloppé les fidéicommis dans ses proscriptions, il y fut peut-être contraint par la nécessité de ménager une institution qui jouissait, de son temps, d'une grande popularité (*justum videbatur et popular erat*, § 1, Instit., *De fid. hered.*). Il pensait d'ailleurs que, la force obligatoire des fidéicommis dépendant de la sanction que leur donneraient les magistrats, il n'était pas à craindre que les lois nouvelles pussent recevoir de la sorte un échec sérieux.

Nous ne pouvons admettre, en effet, que le consul ou le préteur, chargé de connaître de l'exécution des fidéicommis, dût prêter la main à des dispositions qui tendaient à enfreindre les lois Julia et Papia, de manière à forcer en pareil cas la résistance d'un fiduciaire peu scrupuleux. C'eût été de la part du magistrat accorder une dispense des lois caducaires ; et nous savons que cette exemption devait émaner d'abord du sénat, plus tard de l'autorité impériale. Le *cœlebs* ou l'*orbus* était, il est vrai, apte à recueillir en vertu d'un fidéicommis. Cela signifie que le profit d'une semblable disposition ne lui était pas enlevé pour être attribué à ceux qui avaient le *jus caduca vindicandi*. La législation ne s'opposait pas à l'exécution de ces libéralités ; mais elle ne pouvait les protéger, et donner pour de tels fidéicommis des moyens de coercition. Le *cœlebs* et l'*orbus* n'avaient donc d'autre position que celle qui appartenait jadis à tous les

[1] La loi Papia Poppæa est de l'an 762 de la fondation de Rome. Le sénatus-consulte Pégasien, dont la date ne peut être fixée bien précisément, a dû être porté de 823 à 833, 70-80 après J.-C.

fidéicommissaires. Ils étaient à la discrétion du grevé, et n'avaient d'autre garantie que sa loyauté et sa délicatesse (*tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur*).

Sans doute, après l'innovation importante d'Auguste, qui donna aux fidéicommis une place parmi les institutions reconnues en droit, il n'y eut pas déviation complète du but primitif; et si les fidéicommis se maintinrent en vigueur principalement pour d'autres motifs, ils ne cessèrent pas absolument de servir à conjurer toutes les incapacités. Ainsi Gaïus, II, 274, nous dit qu'il était permis, grâce aux fidéicommis, de soustraire les femmes aux prescriptions de la loi Voconia. De même, suivant cet auteur, II, 275, les Latins Juniens, auxquels échappaient les hérédités et les legs laissés directement, continuèrent à pouvoir les recueillir par la voie des fidéicommis. L'assertion de Gaïus sur ce point est corroborée par Ulpien, *Reg.*, tit. XXV, § 7, qui ne mentionne plus les prohibitions de la loi Voconia, tombée sans doute définitivement en désuétude à son époque. On conçoit bien que les magistrats, obéissant à l'influence des mœurs et au sentiment national, dussent mettre de côté les dispositions haineuses de cette loi. Ils pouvaient aussi accorder le secours de leur intervention aux Latins Juniens, que la déchéance progressive de l'ancienne constitution tendait à rapprocher chaque jour de plus en plus de la condition des citoyens, et contre lesquels, ainsi que le fait remarquer M. de Savigny [1], ne militait point la raison politique qui exigeait que l'on traitât avec rigueur les *cœlibes* et les *orbi*. Mais, à moins de défaire d'une main ce que l'on avait fait de l'autre, à moins de consacrer l'inanité des lois Julia et Papia, il n'était pas possible de laisser prévaloir sur l'intérêt public le respect pour les volontés des mourants, alors que ces volontés se mettaient en hostilité avec des dispositions législatives considérées comme nécessaires au salut de l'Etat. C'était bien assez que l'on fermât les yeux sur ces tentatives de fraude, et que l'on ne s'interposât point pour en empêcher l'exécution spontanée, sans venir donner raison à ceux qui avaient désobéi aux lois, quand ils rencontraient des héritiers qui refusaient de condescendre aux prières du défunt [2].

[1] *Traité de droit romain*, t. IV, § 173, note *a*.

[2] Remarquons toutefois que l'*orbus*, n'encourant que la perte de la moi-

Cette inertie du pouvoir à l'égard des fidéicommis contraires aux lois Julia et Papia ne dura, comme nous l'avons dit, que jusqu'au sénatus-consulte Pégasien. L'espérance d'obtenir de la conscience scrupuleuse des héritiers l'observation exacte des fidéicommis fut dès lors perdue pour les *cælibes* et les *orbi*. Non-seulement il y eut désormais un *veto* législatif imposé à la bonne volonté du fiduciaire ; mais encore l'Etat s'empara de l'émolument de ces fidéicommis pour en disposer au profit de ceux *qui in testamento liberos habebant*, et, à leur défaut, au profit du *populus* [1], de la même manière que s'il se fût agi d'hérédités ou de legs laissés directement.

L'ordre suivant lequel étaient déférés les fidéicommis caducs nous est indiqué par Gaïus. Le sénat appliqua à cette matière les règles déjà tracées par les lois Julia et Papia relativement aux dispositions directes : « *Sicuti juris est in legatis et in hereditatibus.* » Le fidéicommis portait-il sur une part héréditaire, les institués dotés du *jus patrum*, parmi ceux qui recueillaient, devaient en première ligne bénéficier de la caducité. On pourrait se demander si, dans le cas où la charge de restituer aurait embrassé plusieurs personnes dont l'une aurait eu des *liberi*, celle-ci était admise à profiter de la défaillance de ses conjoints. Mais rien ne nous autorise à penser que le *jus caduca vindicandi* ait été étendu aux *patres* qui n'étaient honorés que d'un fidéicommis; et, dans cette matière exorbitante, il faut se garder de reconnaître d'autres ayant droit que ceux en faveur desquels il existe un texte formel [2]. L'absence de tout *pater* parmi les institués ouvrait la place aux *legatarii patres*, après lesquels venait l'*ærarium*, remplacé plus tard par le *fiscus*.

tié de ce qui lui était laissé, était fondé à recourir aux magistrats pour exiger la délivrance de la moitié de ce qui devait lui être restitué, puisque, dans cette mesure, il avait un droit digne de protection.

[1] Il est bon de faire observer que, au temps de Vespasien, les prérogatives de l'*ærarium* étaient encore maintenues. Nous voyons, au contraire, par Gaïus, II, 285, que, sous Hadrien, les fidéicommis adressés à des *peregrini* sont dévolus au *fiscus*. Cependant, le même Hadrien, au rapport de Gaïus, II, 287, laisse les fidéicommis faits en faveur de *personæ incertæ* suivre le sort que les lois caducaires avaient réglé pour les hérédités et les legs.

[2] C'est la doctrine émise sur ce point par Huschke, p. 323.

Quand les fidéicommis atteints par la caducité ne comprenaient que des objets particuliers, le profit de cette caducité était encore, en général, réglé comme s'il eût été question de legs. L'assimilation n'existait toutefois qu'autant qu'il s'agissait de fidéicommis imposés aux héritiers. Mais il ne faut pas oublier que, à la différence du legs, les fidéicommis pouvaient être mis à la charge non-seulement des héritiers institués, mais encore de quiconque était gratifié par le testament, par exemple, d'un légataire ou d'un fidéicommissaire. Dans ces derniers cas, le sénatus-consulte s'écarta, paraît-il, des principes de dévolution établis par les lois Julia et Papia, pour consacrer une préférence en faveur du grevé, ce qui était assurément un hommage rendu aux volontés du défunt. Cette dérogation est attestée, comme nous l'avons déjà remarqué [1], par la loi 60, *De legat.* 2°, qui suppose un légataire grevé d'un fidéicommis conditionnel. Ulpien, à cette occasion, rapporte, en l'approuvant tacitement, la décision de Julien, d'après laquelle la défaillance du fidéicommis par suite du décès du titulaire avant l'accomplissement de la condition [2] doit profiter au grevé plutôt qu'à l'héritier, qui dans l'espèce était le fils du testateur, jouissant par conséquent du *jus antiquum*, dont les effets, nous l'avons vu, étaient aussi énergiques que ceux du *jus caduca vindicandi*. Le jurisconsulte invoque à cet égard la disposition expresse d'un sénatus-consulte, sans doute le sénatus-consulte Pégasien. « *Julianus ait : si à filio herede legatum sit Seio, fideique ejus commissum fuerit sub conditione, ut Titio daret, et Titius pendente conditione decesserit, fideicommissumde ficiens apud Seium manet, non ad filium heredem pertinet; quia*, IN FIDEICOMMISSIS POTIOREM CAUSAM HABERE EUM, CUJUS FIDES ELECTA SIT, SENATUS VOLUIT. » Cette solution est confirmée par la loi 17, pr., *De legat.* 2°, de Marcellus, par les lois 28, 66, *De legat.* 3°, de Scævola, et par la loi 10, § 1, *De his quæ ut indign.*, de Gaïus.

En revenant sur ce point, qui n'a été indiqué plus haut que sommairement, nous ferons observer qu'il est impossible d'en-

[1] Voir *Revue historique*, numéro de mars-avril 1858, p. 118.

[2] Nous ne devons pas omettre de mentionner en passant l'argument que l'on peut tirer de ce texte en faveur de l'opinion qui soumet aux principes de la caducité les dispositions faites sous une condition qui vient à défaillir.

tendre d'une manière générale la règle constatée par la loi 60, c'est-à-dire la préférence accordée au fiduciaire. Ce système serait inconciliable avec les documents fournis par Gaïus, qui répète deux fois que, quant à la dévolution des fidéicommis caducs, il faudra se comporter comme à l'égard des legs. Or, il est bien certain que les legs caducs ne profitaient pas à celui qui en était chargé, mais qu'ils étaient l'apanage des *patres*, à prendre d'abord parmi les institués, puis parmi les légataires, et que finalement ils tombaient dans le Trésor public. Aussi, pour mettre d'accord les différentes sources, nous croyons qu'il faut adopter la distinction que nous avons déjà présentée, et dire avec M. de Vangerow que, si c'est un héritier qui est grevé, on suivra le droit commun, tandis que si le grevé est un autre qu'un héritier, il faudra attribuer à ce dernier l'émolument de la caducité.

C'est à l'aide de cette distinction que M. de Vangerow rend compte des derniers termes de la loi 11, *De legat.* 1°. Papinien, dans l'ensemble de ce texte, a pour but de séparer les conséquences du fidéicommis imposé au père dont le fils est institué héritier ou gratifié d'un legs, selon que la restitution doit être faite à un étranger ou au fils lui-même. Dans le premier cas seulement, dit le jurisconsulte, le père est tenu en qualité d'*heres ;* dans l'autre, il est tenu, *non ut heres, sed ut pater*. Par suite, Papinien décide que si le père est obligé de faire après sa mort la restitution à l'égard de son fils, il aura le droit de conserver entièrement (*omni modo*) l'émolument du fidéicommis, dans l'hypothèse où son fils viendrait à prédécéder. Il y aura lieu d'appliquer le sénatus-consulte Pégasien et la règle : *Potiorem causam habere eum, cujus fides electa sit*. Si le fidéicommis, au contraire, s'adresse à un *extraneus*, le père se trouvera obligé en qualité d'*heres ;* et comme, pour ce cas, les principes ordinaires de dévolution des *caduca* restaient applicables, on ne peut pas dire que le père aura un droit exclusif à bénéficier de la caducité [1].

[1] Le fond de cette explication, suivant la remarque de M. de Vangerow, appartient à Cujas, qui a interprété la loi 11, en la rapportant aux lois caducaires. Voyez observ., liv. X, ch. XXXVIII (t. III, c. 393), et liv. IX, *Quæst. Papin.* (t. IV, c. 220). Notre grand jurisconsulte, en s'occupant de ce texte autour duquel, dit-il, *doctores multum pulverem movent*, saisit cette occasion

Les fidéicommis, par opposition aux institutions et aux legs, offraient cette particularité qu'ils étaient possibles indépendamment d'un testament. Gaïus, II, 270. Instit., § 10, *De fideic. hered.* De là naît la question de savoir si, le défunt qui décède intestat ayant chargé par codicilles ses héritiers légitimes de fidéicommis au profit de *cœlibes*, il faudra soumettre ces dispositions à la *caducorum vindicatio*, et en régler la dévolution conformément aux principes de cette matière. C'est, on le voit, la même difficulté que celle qui pouvait se présenter à l'occasion de donations *mortis causa* émanées d'un individu qui n'aurait pas laissé de testament.

Schneider, p. 98, repousse en pareil cas l'application des lois caducaires; et nous croyons que c'est la doctrine à laquelle il faut s'arrêter. L'exercice du *jus caduca vindicandi* suppose, en effet, qu'il s'agit d'une succession testamentaire, qui précisément fait défaut dans l'espèce. Quand le défunt laisse suivre à son patrimoine la voie légale, on ne s'inquiète point de rechercher si ceux qui le recueillent ont ou non des *liberi*, pour faire aux *patres* une position privilégiée. Remarquons que, en étendant à cette hypothèse la *caducorum vindicatio*, comme il n'existerait ni institué ni légataire *qui in testamento liberos ha-*

pour recommander l'utilité des études historiques à ceux qui veulent pénétrer le véritable sens des lois du Digeste. C'est une erreur, ajoute-t-il, de supposer que dans ce recueil Justinien n'a laissé subsister aucune trace du droit ancien qui avait cessé d'être en vigueur. Ces traces sont sans nombre, assure Cujas; et il prédit à ceux qui négligeront la ressource de l'histoire, qu'ils ne feront (qu'on nous pardonne cette expression triviale qui nous paraît bien traduire la pensée de Cujas) que *patauger*. « *Nec existiment nihil ex jure antiquo residere in Pandectis : resident enim innumera, quæ si nobis agnoscere, necesse est hæreas semper in luto.* » Cujas, du reste, est dans l'erreur, quand il prend pour point de départ cette idée que les lois caducaires n'atteignaient que les *héritiers*; il est incontestable, en effet, que la caducité allait plus loin, et qu'elle n'épargnait pas les légataires. En conséquence de ce faux point de vue, il enseigne qu'il n'y a lieu à tenir compte de la distinction faite par Papinien, qu'autant que la restitution a trait à une hérédité, et non quand elle se borne à des objets particuliers. C'est tronquer la décision de Papinien, qui ne s'occupe pas de la portée du fidéicommis. En général, il est vrai, le fiduciaire sera tenu comme *heres* quand il s'agira de la restitution d'une hérédité. Le contraire peut cependant arriver, alors que le père, acquérant l'hérédité par son fils, sera obligé à restitution vis-à-vis de celui-ci, comme dans le cas prévu par Papinien.

beat, il faudrait de prime abord descendre au *fiscus.* Or, il est possible que les héritiers légitimes soient des *patres;* et serait-il juste de les dépouiller, puisque l'absence d'un testament doit être interprétée, suivant la remarque de Paul (l. 8, § 2, *De jur. codic.*), comme équivalant à une institution en leur faveur? Il nous paraît plus simple d'écarter ici complétement le *jus caduca vindicandi*, dont la condition première, l'existence d'un testament, ne se rencontre point. Cette solution est en harmonie avec la définition du *caducum* donnée par Ulpien : « *Quod quis sibi* TESTAMENTO *relictum.* »

Il va sans dire que les héritiers *ab intestat* ne seront point tenus d'exécuter les fidéicommis contraires aux lois Julia et Papia. Ils devront même s'être abstenus de prendre à cet égard aucun engagement secret avec le défunt; car alors ils encourraient les peines qui frappaient les héritiers institués, dans le cas où ils avaient lié leur foi envers leur auteur pour l'aider à frauder la loi au moyen de ce qu'on appelait des fidéicommis *tacites.* Ce serait alors le fisc qui viendrait prendre ces biens, mais par application des règles de l'indignité, et non par l'effet du *jus caduca vindicandi.*

Cette observation nous conduit à parler des précautions qui furent prises afin de fermer définitivement cette voie des fidéicommis, qui trop longtemps était restée ouverte à l'égard des nouveaux incapables, et qui, malgré le caractère purement précaire qu'elle avait conservé dans cette occurrence, rencontrait sans doute un appui dans l'opinion publique défavorable aux lois caducaires. Ce n'était pas assez d'avoir déclaré caducs les fidéicommis adressés à des *cœlibes* ou à des *orbi*, pour augmenter ainsi le domaine du *jus patrum.* Le législateur devait prévoir que les testateurs seraient tentés de réaliser d'une manière cachée ce qu'ils ne pouvaient plus demander ostensiblement. Il faudrait maintenant recourir au mystère, et exiger des héritiers que l'on choisirait la promesse secrète de restituer. En un mot, les fidéicommis en faveur de ceux qui ne pouvaient plus *capere per fideicommissum* devaient cesser d'être patents pour devenir *tacites.* On se tairait dans le testament qui devait être public, mais on se serait arrangé d'avance avec ceux que l'on instituait, en leur imposant une obligation, qui seulement

n'apparaîtrait pas, et resterait une convention occulte entre le défunt et son héritier.

Pour obvier à cette fraude, il fut décidé que l'héritier, convaincu de s'être prêté à de pareils arrangements, serait traité comme indigne à l'égard de ce qu'il n'acquérait que pour en faire un usage probibé. Quand même le fidéicommis dissimulé aurait embrassé tout le patrimoine, le fiduciaire, conformément aux règles de l'indignité, n'en demeurait pas moins héritier; mais la succession lui était enlevée au profit du fisc, qui prenait les biens à titre d'*ereptitia* ou *ereptoria*. Cela n'empêchait pas de maintenir certaines conséquences de l'adition préjudiciables pour l'indigne; car, s'il était déchargé des dettes, il ne recouvrait pas ses droits de créance contre le défunt ou ses droits de servitude sur les fonds héréditaires, ces droits restant irrévocablement éteints par la confusion qui s'était opérée. L'application de ces idées est faite par la loi 18, § 1, *De his quæ ut indign.*, dans une espèce où le fidéicommis tacite portait sur tous les biens, et où le fisc en conséquence s'était emparé de toute la succession.

Divers textes du même titre se réfèrent à ce cas d'indignité. Gaïus, l. 10, pr., nous dit que la preuve d'un fidéicommis tacite peut résulter non-seulement d'un écrit privé, *chirographum* [1], ce qui était le mode le plus usité, mais encore d'une promesse verbale, *nuda pollicitatio* [2]. Suivant la loi 3, § 3, *De jur. fisc.*, la fraude sera en général constatée par la production d'un *chirographum;* mais le jurisconsulte ajoute qu'une preuve écrite n'est pas indispensable, et que le fidéicommis peut être justifié

[1] Callistrate, l. 3, pr., *De jur. fisc.*, emploie l'expression : *domestica cautio*, à côté de celle de : *chirographum*.

[2] La loi 3, pr., *De jur. fisc.*, nous apprend que l'on s'arrêta à la règle suivante, savoir : qu'il n'y aurait pas fraude à la loi toutes les fois que le fidéicommis était patent, et exprimé soit dans le testament, soit dans des codicilles. Il suffisait même que le défunt eût recommandé ouvertement à ses héritiers par son testament l'exécution des intentions qu'il leur avait fait connaître, bien qu'il n'indiquât pas en quoi elles consistaient. Dès lors, est-il possible d'admettre que les héritiers *ab intestat* fussent dépouillés par le fisc des biens laissés à des *incapaces* au moyen de codicilles; et ne trouve-t-on pas dans cette décision qui exclut le fisc en présence de codicilles patents la confirmation de la doctrine que nous avons adoptée plus haut, à l'occasion du sort réservé aux fidéicommis *ab intestat*, quand ils avaient pour objet de gratifier des *cœlibes?*

d'une autre manière, pourvu que ce soit « *ex aliis probationibus manifestissimis.* » Les présomptions paraissent ne pas avoir été exclues en cette matière [1] ; cependant, on ne se contentait point des rapports étroits qui liaient l'institué avec l'*incapax*, pour en conclure qu'il n'était qu'un intermédiaire chargé de restituer. C'est ainsi que Papinien, l. 25, pr., *De his quæ ut indign.*, décide que l'institution du beau-père par son gendre ne suffit pas pour faire admettre un fidéicommis tacite. « *Si gener socerum heredem reliquerit, taciti fideicommissi suspicionem sola ratio paternæ affectionis non admittit.* » La fraude, qui pouvait être soupçonnée, aurait eu pour but, dans l'espèce de ce texte, d'éluder les loi caducaires, au point de vue des *Decimæ*, qui limitaient la quotité disponible entre époux. De là il est permis d'induire que les prohibitions des lois Julia et Papia en cette partie ne pouvaient pas plus être évitées par la voie des fidéicommis que les prescriptions relatives aux *cœlibes* ou aux *orbi*.

Nous avons vu que l'hérédité, en cas de fidéicommis tacite auquel l'institué avait adhéré, passait au fisc dans la mesure de l'engagement frauduleusement contracté. Cependant l'indignité, à raison de laquelle était dépouillé le fiduciaire, ne devait pas nuire aux dispositions testamentaires régulières, aux legs ou aux fidéicommis autorisés. Ces derniers recevaient leur exécution, mais en restant soumis, s'il y avait lieu, à la réduction de la quarte Falcidie, sauf que cette réduction ne profitait pas à l'héritier, mais au fisc substitué dans les droits de celui-ci. Modestin, l. 59, § 1, *Ad legem Falcid.*, mentionne un sénatus-consulte Plancien comme ayant enlevé dans ce cas à l'indigne le bénéfice de la loi Falcidie, et il ajoute qu'un rescrit d'Antonin le Pieux avait décidé que cet émolument reviendrait au fisc [2]. Papinien, l. 11, *De his quæ ut indign.*, rapporte également à un sénatus-consulte la privation de la quarte pour le fiduciaire.

[1] Scævola, dans la loi 27, *De probat.*, nous fournit un exemple de présomption de fraude, par le moyen d'une supposition de créance au profit d'un incapable. Seulement, ici l'héritier n'est pas complice de la fraude imaginée par le défunt ; et il ne doit y avoir d'autre sanction que la déchéance de la libéralité présumée.

[2] Ce rescrit est sans doute celui dont la teneur nous a été conservée par Paul, dans la loi 49, *De jur. fisc.*, extraite d'un ouvrage de ce jurisconsulte sous le titre : *Liber singularis de tacitis fideicommissis.*

Toutefois, ce jurisconsulte fait observer que, si l'héritier s'était chargé d'une restitution tacite pour une partie seulement de son institution, il conserverait le droit à la quarte pour tout l'excédant [1].

Les rédacteurs des Pandectes ont recueilli ces diverses décisions relatives aux conséquences des fidéicommis tacites, qui du temps de Justinien n'étaient plus applicables aux incapacités en vue desquelles ces textes avaient été écrits, mais qui pouvaient encore s'adapter au cas où, par la même voie, les testateurs auraient cherché à éluder quelques-unes des incapacités reconnues dans le dernier état du droit. Ils ont dû naturellement, au contraire, passer sous silence une autre peine encourue autrefois par l'héritier qui s'était rendu complice des tentatives faites par le défunt pour éluder les prohibitions des lois Julia et Papia. Celui qui avait ainsi prêté les mains à une infraction de ces lois ne méritait plus les faveurs qu'elles dispensaient aux *patres*. Aussi se trouvait-il déchu du *jus caduca vindicandi*, auquel il eût été appelé en sa qualité de *pater*, par rapport à toutes les dispositions testamentaires qui pouvaient être soumises à cette condition. C'est ce que nous apprend Ulpien, au paragraphe 17 du titre XXV de ses *Regulæ* : « *Si quis in fraudem tacitam fidem accommodaverit, ut non capienti fideicommissum restituat, nec quadran-*

[1] La fraude commise par le fiduciaire, qui avait consenti à se faire l'exécuteur des volontés illégales du testateur, ne faisait pas obstacle à ce que cet héritier profitât pleinement du bénéfice d'une institution secondaire qu'il devait au même testateur, dans le cas où il aurait été substitué pupillairement. Paul, dans la loi 43, § 3, *De vulg. et pupill.*, suppose qu'un père a donné pour substitués à son fils ses propres héritiers : « *quisquis sibi heres esset.* » L'un d'eux avait accepté un fidéicommis tacite pour une partie de son institution principale ; et il avait été, en conséquence, dépouillé par le fisc jusqu'à concurrence de cette part. La question était de savoir si, la substitution pupillaire étant ouverte, le fiduciaire ne viendrait au partage que dans la mesure de ce qu'il avait effectivement recueilli dans la succession du père. On décide que l'indigne, restant héritier pour la totalité de son institution malgré la perte qu'il a subie, aura droit aux biens du fils en proportion de la quotité pour laquelle il avait été institué quant au patrimoine du père. « *Respondi : qui in fraudem legum fidem accommodat, adeundo heres efficitur : nec desinet heres esse, licet res, quæ relictæ sunt, auferuntur. Unde et ex secundis tabulis in tantum heres esse potest, in quantum scriptus esset : satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges.* »

tem eum deducere senatus censuit, nec caducum vindicare ex eo testamento, si liberos habeat [1]. »

L'exposé historique que nous venons de tracer sur la matière des fidéicommis, duquel il résulte que ce n'est qu'après coup qu'ils furent enveloppés dans le système de la caducité, fait ressortir l'erreur qu'ont commise Godefroy, Ramos et Heineccius. En essayant de restituer le texte des lois Julia et Papia, chacun de ces auteurs a fait entrer au nombre de leurs prescriptions un chapitre [2] ayant pour effet d'attribuer au fisc les fidéicommis tacites. Il est bien clair aujourd'hui que l'auteur des lois Julia et Papia avait oublié de sévir contre les dispositions qui seraient faites par voie de fidéicommis au profit de ceux qu'il privait de la faculté de recueillir les hérédités ou les legs. Nous savons, en effet, par Gaïus que de semblables dispositions restèrent longtemps tolérées, alors même qu'elles n'étaient pas dissimulées. Jusqu'au sénatus-consulte Pégasien, il fut reçu que les *cœlibes* ou les *orbi* étaient aptes à *capere per fideicommissum*. Il n'était donc pas besoin pour les testateurs de recourir à des moyens cachés, puisqu'ils pouvaient se fier ouvertement à la foi de leurs héritiers ; et l'on ne conçoit pas que, sous ce régime, des peines eussent été nécessaires pour détourner les institués d'une fraude qu'il était inutile de commettre, grâce au silence que les lois Julia et Papia avaient gardé au sujet des fidéicommis.

S'il avait négligé de parer à l'inconvénient des fidéicommis, Auguste n'avait pas omis de prévoir que ses innovations rencon-

[1] On peut, à notre avis, conjecturer qu'Ulpien avait exprimé la même idée, la déchéance du *jus caduca vindicandi*, dans un fragment de son livre XVIII : *Ad legem Juliam et Papiam*, qui est devenu au Digeste la loi 83, *De adq. vel omitt. hered.* Elle est ainsi conçue : « *Si totum an* (Cujas lit : *eam*) *partem, ex qua quis heres institutus est, tacite rogatus sit restituere, apparet nihil ei debere adcrescere ; quia rem non videtur habere.* » Il est bien peu probable que le jurisconsulte, en traitant des lois caducaires, ait songé à mentionner la perte du *jus adcrescendi*, qui occupait si peu de place de son temps. C'était sans doute le *jus caduca vindicandi* qu'il avait indiqué ; mais ces expressions ont disparu sous la plume des compilateurs, qui leur substituent le *jus adcrescendi*.

[2] Tel aurait été l'objet du chapitre XXXV suivant Godefroy, du chapitre XLIII suivant Ramos, enfin, du chapitre LVII suivant Heineccius.

treraient peu de sympathies, et que souvent la délicatesse des parties intéressées se refuserait à provoquer l'application des rigueurs que la législation venait d'introduire. L'Etat, à la vérité, était appelé à recueillir l'aubaine de la caducité, dans le cas où ceux qui le primaient répugneraient à s'armer de leur droit de préférence ; et sur ce point du moins les scrupules n'étaient pas craindre. Mais il y aurait peu d'empressement sans doute à venir au secours du Trésor obéré, et à l'informer des déchéances acquises en sa faveur, si l'on ne comptait que sur l'amour du bien public, sur le zèle bénévole des citoyens, afin d'ouvrir les yeux des agents de l'*ærarium*. Pour assurer l'efficacité des mesures destinées à relever la pénurie des finances, il fallut faire appel aux passions mauvaises, se donner pour auxiliaires la cupidité sordide, la soif du gain par tous les moyens, au risque d'encourager l'industrie la plus dangereuse et la plus misérable. Triste nécessité du législateur, qui veut faire violence aux mœurs, et donner quelque vitalité à des institutions tyranniques, en opposition avec les sentiments de la nation ! On a vu ces procédés se renouveler aux mauvais jours de notre histoire. La délation fut érigée en vertu civique ; on offrit des récompenses aux dénonciateurs.

Le résultat de ce système, qui remonte aux lois d'Auguste, fut d'organiser une compression étroite, d'imposer à chaque citoyen des surveillants. « *Acriora ex eo vincula, inditi custodes.* » C'est ainsi que Tacite, *Ann.*, III, 28, apprécie les conséquences de l'émission de la loi Papia. Le père commun dut partager son émolument avec ceux de ses enfants qui contribuaient à l'enrichir : « *A lege Papia præmiis inducti*, ajoute Tacite, *ut si a privilegiis parentum cessaretur, velut parens omnium, populus vacantia tenetur.* »

Nous ignorons quel est l'appât qui fut d'abord jugé nécessaire pour stimuler les dénonciateurs. On avait sans doute pensé qu'il fallait, afin d'obtenir cette coopération, leur faire la part considérable. L'avenir prouva bientôt qu'on pouvait sans danger rabattre le salaire de ces services. Suétone[1] nous apprend, en effet, que, sous Néron, les récompenses furent réduites au quart. « *Præmia delatorum Papiæ legis ad quartas redegit.* »

[1] *Néron*, ch. x.

Cette race d'hommes, desquels Tacite a dit [1] qu'ils avaient été inventés pour la ruine publique, et qu'on ne saurait jamais trop les punir, avait été prompte à se développer sous l'influence des *præmia* qui leur étaient abandonnés. Déjà, sous Tibère, le nombre des victimes s'était accru de manière à exiger des adoucissements à la loi Papia, qu'il fallut songer à modérer. « *Relatum est deinde de moderanda Papia Poppœa* [2]. » La cause du mal était dans l'ardeur déployée par les délateurs. « *Cæterum multitudo periclitantium gliscebat, cum omnis domus delatorum interpretationibus subverteretur* [3]. »

Cette plaie de la délation n'a pas arraché seulement des plaintes à Tacite; elle nous apparaît par des témoignages réitérés comme un des fléaux les plus déplorables des premiers temps de l'empire. Suétone, dans la *Vie de Titus*, ch. VIII, signale comme un des malheurs de l'époque l'existence des délateurs et de ceux qui les faisaient agir; abus déjà ancien, fait-il observer. « *Inter adversa temporum, et delatores mandatoresque erant, ex licentia veteri.* » Il ajoute que l'empereur usa des mesures les plus extrêmes contre les dénonciateurs calomnieux. Un peu plus tard, Domitien, suivant le même auteur [4], est encore obligé de recourir à des peines sévères pour réprimer les *fiscales calumniæ*. Ce prince reconnaissait la nécessité de ne pas ménager cette classe éhontée; notre historien lui attribue ce mot au sujet des délateurs : « *Princeps, qui delatores non castigat, irritat.* » Malgré la rigueur avec laquelle ils étaient traités, l'appât du gain l'emporta sur la crainte des châtiments. Sous Trajan, Pline [5] atteste encore en termes énergiques l'audace qu'avaient montrée les délateurs, et il félicite l'empereur d'avoir réussi à extirper le mal. Il y avait, hélas! pour accroître ce mal, une cause qui n'a pas échappé à Pline. « *Auxerat hoc malum,* nous

[1] *Ann.*, IV, 30.

[2] Tacit., *Ann.*, III, 25.

[3] Tacit., *ibid.* L'avidité des délateurs ne s'arrêtait pas à rechercher les biens auxquels le fisc pouvait prétendre en qualité de *vacantia*, de *caduca* ou *d'ereptitia*. Elle ne reculait pas devant le rôle d'accusateur pour les plus grands crimes, souvent pour le crime de lèse-majesté. La confiscation était au bout du triomphe, et l'accusateur avait part aux dépouilles du condamné.

[4] *Domit.*, ch. X.

[5] *Panegyr.*, ch. XXXV.

dit cet auteur, *principum avaritia* [1]. » Aussi proclame-t-il comme le plus grand titre de gloire de Trajan d'avoir permis que sous lui le fisc fût souvent vaincu. « *Quæ præcipua tua gloria est, sæpius vincitur fiscus, cujus mala causa nunquam est, nisi sub bono principe.* »

Un édit du même Trajan, dont la teneur est rapportée l. 13, pr., *De jur. fisc.*, imagina la mesure la plus sage et la plus morale pour couper court aux délations. Elle consista à intéresser les incapables eux-mêmes à dévoiler la fraude ; et, à cette condition, ils purent conserver la moitié du profit illicite que le testateur avait voulu leur procurer. Cette faculté de déclarer sa propre incapacité fut naturellement ouverte à tout le monde, même aux femmes et aux pupilles (l. 16, *dict. tit.*), tandis que la délation envers autrui leur était interdite, ainsi qu'à certaines autres personnes (l. 18, *ibid.*), parmi lesquelles figurent les *veterani* et les *milites* : « *propter honorem et merita militiæ.* » Seulement, il fallait se presser, de peur d'être prévenu par un tiers ; car les anciennes primes accordées à la délation ne furent pas abolies. Les jurisconsultes du Digeste s'occupent encore de la condition qui est faite aux délateurs, et des obligations qui leur sont imposées. Il ne leur suffisait pas de faire une simple révélation ; ils devaient poursuivre l'affaire, et établir judiciairement le droit de l'Etat, en fournissant à cet égard des fidéjusseurs, l. 3, § 2, *De jur. fisc.* Exposés à l'infamie s'ils succombaient, il ne leur était pas permis de se désister, sous peine de

[1] La tendance du fisc à étendre ses droits est malheureusement prouvée par des textes, qui nous montrent avec quelle facilité étaient prononcées des déchéances qui devaient lui profiter. Ainsi, au mépris de cette règle que, pour rompre un précédent testament, il faut un nouveau testament régulier, le sénat déclare que, si le second testament est fait au profit de personnes destituées de la *testamenti factio*, les héritiers institués par le premier seront considérés comme indignes. De même, si le testateur a détruit son œuvre de sa propre main en effaçant le nom de l'institué, on ne songera pas à faire revenir les biens aux héritiers légitimes. Marc-Aurèle jugea, en pareil cas, que la succession appartenait à l'Etat. Ces deux décisions rapportées par Papinien, lib. XVI, *Quæstionum*, ont été acceptées par Justinien, l. 12, *De his quæ ut indign.* Quand on voit un empereur du renom de Marc-Aurèle, qui mérita le titre de philosophe, aussi enclin à prononcer en faveur de l'Etat, que penser de la condition des citoyens romains qui étaient en conflit avec le fisc, alors qu'on ne se trouvait pas, suivant les expressions de Pline, *sub bono principe?*

tenir compte au fisc de ce que celui-ci aurait eu en cas de succès, l. 15, § 4. La délation était même admise de la part du fiduciaire assez indélicat pour manquer à la foi promise, en vue d'obtenir la récompense de sa déloyauté. Nous voyons toutefois, par la loi 13, § 7, *De jur. fisc.*, que, si le fiduciaire tacite s'est hâté de dénoncer la fraude avant l'ouverture du testament, et que le fidéicommissaire ait fait sa déclaration immédiatement après l'ouverture, c'est à ce dernier que la préférence appartient. « *Cum autem ante apertum testamentum, tacitum fideicommissum nuntiatum esset ab his, qui fidem tacitam susceperant, deinde post apertas a fideicommissario delatum esset, Divus Antoninus recipi professionem ejus jussit ; neque enim dignam esse præmio tam præcipitem festinationem prioris : et cum quis se nuntiet non capere, potius confiteri de suo jure, quam aliud deferre videtur.* »

MACHELARD,
Professeur de droit romain à la Faculté de Paris.

(*La suite à un prochain numéro.*)

ÉTUDE
SUR LA LÉGISLATION DE MAHOMET.

DEUXIÈME PARTIE.

DROIT DES CHOSES.

Dans une première partie, nous nous sommes occupé du droit des personnes : sans aucun doute, c'est sous cet aspect que le Coran se présente avec le plus d'intérêt à nos investigations. Nous y avons vu, dans une généralisation rapide et peut-être incomplète, comment Mahomet avait compris, consacré et réglementé les rapports principaux qui unissent les hommes entre eux dans la famille et la société; nous avons pris un à un ces rapports divers, nous avons essayé d'indiquer les droits et les devoirs qui, selon Mahomet, en sont les conséquences; nous avons particulièrement insisté avec lui sur ce qui concerne la constitution de la famille, sur l'institution qui en est la base : le mariage. Mais notre étude ne doit pas s'arrêter là; les rapports des hommes entre eux ont été, sans contredit, l'objet principal des méditations du Prophète, et il devait en être ainsi, mais ils n'ont point été le sujet exclusif de ses préoccupations. Mahomet est, avant tout, le réformateur, le prophète : il n'est législateur que par conséquence. Réunissant dans les pratiques d'un même culte les tribus arabes isolées et rivales avant lui, il leur apporte avec une religion nouvelle une morale plus épurée; mais cette morale, il ne la leur présente pas seulement dans le langage mystique qu'il prête aux révélations divines, il la formule en préceptes juridiques, en dispositions impératives, permissives ou répressives. Or, on le comprend, ces dispositions devaient, avant tout, se référer aux droits et aux devoirs que l'homme peut avoir comme maître, comme mari, comme père, comme enfant. Dans

cet ordre d'idées, les droits qu'il peut avoir sur les choses ne sont plus que secondaires. Aussi ne rencontrerons-nous pas, en ce qui les concerne, dans le livre saint des Arabes, des données aussi complètes, aussi précises qu'en ce qui regarde les personnes.

Les droits que les hommes ont sur les choses dérivent, d'après les jurisconsultes musulmans, du verset 27 du chapitre II du Coran. « C'est lui qui a créé pour vous tout ce qui est sur la terre, » a dit Mahomet. Ainsi avait dit avant lui le psalmiste : « *Constituisti eum super omnia opera manuum tuarum, omnia subjecisti sub pedibus ejus!* » L'homme est, de droit divin, le maître de la nature : les produits de la terre et la terre elle-même sont pour l'homme, pour qu'il s'en serve selon les besoins de son existence, soit privativement, ce qui comporte l'idée de propriété, soit indivisément, ce qui consacre ses droits à un usage commun. Voilà la portée de ce texte : pour Mahomet, la propriété n'est donc pas seulement un fait comme la possession, avec la force brutale pour garantie : c'est un droit, un droit d'émanation divine. Est-ce à dire que cette idée ait reçu tout le développement qu'elle comporte, et que la propriété ait toujours été entourée du respect que semblait devoir inspirer son origine sacrée? Hélas! on sait que dans les pays dominés par l'islamisme, il n'en fut pas ainsi, et que le despotisme oriental confisqua à son profit la propriété immobilière, sous le prétexte que Dieu, dont les princes sont les représentants sur la terre, s'est conservé le domaine éminent, en n'attribuant à l'homme que le domaine utile. Détestable prétexte qui, à la fois, dit M. Dupin, « offense la loi divine et viole les droits des particuliers. Dieu n'est pas seigneur et maître de toutes choses en vue de se les approprier et de s'en faire un domaine privé ; il en est le dispensateur dans l'ordre de sa providence et de sa bonté. Les rois et les gouvernements exercent la souveraineté, l'empire, la puissance publique : ils couvrent tout de leur protection, mais sans préjudice du droit des particuliers. Sénèque, qui écrivait sous un cruel tyran, a respecté cette ligne de démarcation : « *Ad reges potestas eminens pertinet, ad singulos proprietas* [1]. » En méconnaissant cette règle, les despotes de l'Orient ont en

[1] M. Dupin, *Règles de droit et de morale.*

même temps méconnu la liberté et l'individualité humaine ; là où la propriété est sans stabilité, la civilisation languit, le bien-être décroît ; sans sécurité, qui osera bâtir, semer, cultiver, améliorer ? Sans sécurité, pas de progrès. « Aussi, dit le voyageur Bernier, est-ce pour cela que nous voyons ces États asiatiques s'aller ainsi ruinant à vue d'œil si misérablement ; c'est de là que nous ne voyons quasi plus par là que des villes de terre, de boue, de crachat, que villes et bourgades ruinées et désertes... » Montesquieu aussi vient condamner en ces termes la confiscation de la terre au profit du prince : « La culture des terres est le plus grand travail des hommes. Plus le climat les porte à fuir ce travail, plus la religion et les lois doivent y exciter. Ainsi, les lois des Indes, qui donnent les terres au prince et ôtent aux particuliers l'esprit de propriété, augmentent les mauvais effets du climat, c'est-à-dire la paresse naturelle [1]. »

Nous voilà bien loin de ces paroles vagues du Coran : « C'est lui qui a créé pour vous tout ce qui est sur la terre. » Avec les jurisconsultes musulmans, nous y avons reconnu la consécration des droits de l'homme sur les choses. Ces droits sont de nature différente, selon la nature même des choses : tantôt il en use privativement, absolument, et à l'exclusion de tous autres, quand elles sont susceptibles d'appropriation individuelle ; tantôt il n'a sur elles qu'un droit d'usage commun, quand elles répugnent à l'appropriation individuelle. Parmi ces dernières, il faut évidemment ranger celles qui, en raison de leur nature, ne peuvent être l'objet d'une occupation réelle, entière et stable, et restent, en conséquence, dans toutes les législations, communes à tous les hommes, comme l'air, le feu, la mer et ses rivages, les fleuves et leur lit. Mais il y en a d'autres qui n'échappent pas par leur nature à une prise de possession, qui semblent même avoir subi une sorte d'appropriation, et qui cependant sont restées *res nullius*, et d'un usage commun d'après les lois

[1] Ce n'est pas seulement en Orient qu'on rencontre l'idée d'un domaine éminent grevant la propriété individuelle. Là, plus qu'ailleurs, les conséquences du principe ont été rigoureuses ; mais la même idée se trouve consacrée au profit du peuple romain sur les provinces conquises (V. Gaïus, l. II, § 7 et 21), comme plus tard, en droit français, elle le fut au profit des rois de France, comme souverains fieffeux sur les fiefs et censives.

de l'islam, et c'est là un des traits les plus caractéristiques de cette législation en cette matière. Ainsi, l'herbe qui pousse spontanément, sans culture, sur le terrain d'autrui, est chose *nullius;* elle appartiendra au premier occupant, au premier qui la coupera ou la fera brouter par ses troupeaux. Ainsi encore, les eaux d'une fontaine, encore bien que la fontaine soit enclavée dans le terrain d'autrui, sont communes comme celles du fleuve dont le lit n'appartient à personne. Pourquoi cela? C'est, dit-on, que l'herbe et l'eau sont des dons de Dieu : tous les hommes y ont un droit égal; il n'est pas permis à un seul de les confisquer à son profit. Cette explication peut suffire pour l'herbe qui croît spontanément, pour l'eau de la source qui jaillit sans y avoir été provoquée par les travaux de l'homme, mais elle ne saurait nous satisfaire pour l'eau des puits et des citernes, et cependant cette eau est aussi *res nullius*, et d'un usage commun. D'où vient que les lois musulmanes ne tiennent pas compte du travail de celui qui le premier, en ouvrant la terre, y a été chercher la source ou bien y a formé un réservoir pour les eaux du ciel? D'où vient que l'industrie et la prévoyance de celui-là ne trouve pas sa récompense dans l'usage exclusif et absolu de ce qu'il a créé? Dira-t-on que les eaux souterraines ou pluviales étant aussi des dons de Dieu, celui qui les a fait jaillir ou qui les a recueillies n'a fait que mettre à la portée de tous les hommes ce que Dieu, dans l'ordre de sa providence, avait destiné à tous les hommes? Cette explication subversive, destructive de l'idée de propriété, ne nous semble pas être la véritable explication de ce fait; selon nous, il ne faut pas la chercher ailleurs que dans des raisons climatologiques et des considérations d'intérêt général. Si les eaux sont soustraites à l'appropriation par le travail, c'est qu'en cette matière l'intérêt public est prédominant, c'est que l'accaparement d'une source par un seul et au profit d'un seul produit la disette et la ruine pour tous, c'est que l'individualité est sacrifiée par raison de salut public. N'exagérons rien pourtant, et ne laissons pas croire que d'après les jurisconsultes musulmans les eaux soient complétement et absolument soustraites à l'appropriation individuelle, que l'appropriation des eaux par le travail soit tout à fait dépourvue de résultats juridiques : le maître du puits, nous n'osons pas dire le propriétaire, a, si nous pouvons nous exprimer ainsi, un droit

de préférence ; ce n'est qu'après que lui-même aura prélevé la quantité d'eau nécessaire à ses besoins qu'autrui pourra venir puiser chez lui[1].

Ce que nous venons de dire pourrait faire croire que la terre n'était pas individualisée à l'époque de Mahomet ; nous pensons qu'elle l'était, mais que les nécessités du climat, la nature du sol, les mœurs des habitants firent que l'appropriation de la terre n'était pas complète, ni surtout générale. Non qu'à cette époque on eût déjà imaginé, au profit du despotisme oriental, la fiction du domaine éminent ; mais l'humeur vagabonde, les habitudes nomades de la majorité des Arabes, l'instabilité des institutions, à ce moment de rénovation sociale, firent que la propriété territoriale n'avait pas alors le caractère absolu et exclusif qui est de son essence, en droit et en fait, dans les civilisations plus avancées. Toutefois, l'appropriation du sol, imparfaite, dans des limites indéterminées, nous paraît un fait certain ; la preuve, ce nous semble, nous l'avons donnée, quand nous disions que l'herbe poussée spontanément sur le terrain d'autrui était *res nullius ;* cela suppose l'individualisation de la terre, puisque ce n'est que quant à l'herbe naturellement poussée qu'il y a communauté. Peut-être pourrait-on dire, s'il n'était pas trop téméraire de vouloir préciser l'état de la propriété à cette époque, avec des données aussi incertaines que celles que nous possédons, peut-être pourrait-on dire qu'à cette époque elle était grevée au profit de tous du droit de vaine pâture et de la servitude *aquæ hauriendæ.*

A côté des choses *nullius* qui ne peuvent cesser de l'être, il faut placer celles dont on peut devenir propriétaire dans toute l'acception du mot. De ce nombre sont les animaux sauvages, les perles, les coraux et autres choses qui n'ont jamais eu de maître, ou bien les choses qui ont un maître, mais qui sont censées, aux yeux de l'islam, ne point en avoir, comme les terres et les biens des infidèles, ou bien encore celles qui ont eu un maître, mais qui ont cessé d'en avoir un, comme les animaux domesti-

[1] En Algérie, les eaux ne sont pas susceptibles de propriété privée ; elles font partie du domaine public (loi du 17 juin 1851, art. 2). « Le domaine public se compose 1° ... ; 3° des lacs salés, des cours d'eau de toute sorte et des sources. » V. *De la propriété en Algérie,* par M. Dareste, avocat aux conseils.

ques redevenus sauvages. Il n'y a rien ici qui mérite une attention particulière, sauf peut-être ce qui concerne les infidèles. Ce n'est point que nous voyions, dans cette assimilation aux *res nullius*, des biens appartenant aux infidèles, quelque chose de nouveau : non, chez tous les peuples à l'état primitif, la guerre a eu pour conséquence la dépossession du vaincu : au début de toutes les civilisations, elle a été un légitime moyen d'acquisition. Celui qui succombe dans la lutte est à la discrétion du vainqueur ; ainsi le veut la logique implacable de la guerre. Devant la force, il n'y a plus de droit : le plus fort peut prendre les biens du vaincu, comme il peut lui prendre la vie. Mais ce qu'il y a de remarquable dans le Coran, c'est que ce livre, qui dans son ensemble est une aspiration vers une civilisation plus parfaite et plus douce, laisse subsister dans ses rigueurs extrêmes le droit de la guerre ; c'est que, non content de consacrer au profit du vainqueur le droit de vie et de mort sur le vaincu, il provoque les musulmans à une guerre éternelle contre les infidèles : entre eux et les sectateurs de Mahomet, il n'y a pas de paix possible. « Tuez-les, prenez-les, a dit le prophète ; nous vous donnons sur eux le pouvoir absolu de les tuer ou de les réduire en esclavage ! » Triste nécessité de propagande qui força Mahomet à faire de la guerre une œuvre pie [1] !

On distingue généralement les modes d'acquisition en modes du droit naturel et en modes du droit civil. On appelle modes du droit naturel ceux qui dérivent de la constitution de notre être, qui sont par conséquent communs à toute l'espèce humaine, et existent indépendamment de toutes lois positives, tels que l'occupation et la tradition. Les modes du droit civil sont ceux que la loi a créés ; parmi ceux-là on range d'habitude les successions légitimes ou testamentaires, les donations, etc... Ce n'est que de ces derniers que nous aurons à nous occuper, et, parmi ces derniers, les successions feront l'objet principal de cette étude.

Mahomet, en effet, a accordé à la matière des successions des soins tout particuliers : de nombreux versets du Coran sont consacrés à régler dans quel ordre, dans quelle proportion les différents héritiers sont appelés à recueillir les biens du défunt ; on peut juger de l'importance qu'il attachait lui-même à ces dispo-

[1] V. *Journal asiatique*. M. Ducaurroy a publié dans ce journal plusieurs articles sur la propriété en droit musulman.

sitions, car, d'après Abou-Horaira, le Prophète aurait dit : « Etudiez les commandements qui règlent les parts des héritages, et enseignez-les aux autres; ils forment la moitié de la science des lois. » Doit-on s'étonner qu'il en fût ainsi? Mahomet consacre la famille et la propriété : nous avons vu, dans la première partie de ce travail, avec quels soins il s'occupe de la constitution de la famille; nous venons de voir comment il a sanctifié, pour ainsi dire, la propriété en lui donnant une origine divine; l'hérédité n'est que le corollaire de ces deux idées : propriété, famille. Le lien qui les unit entre elles est trop facile à saisir pour avoir échappé à l'intelligence de Mahomet; il ne pouvait pas non plus lui échapper quels effets civilisateurs il pouvait tirer de leur association. L'hérédité est la conséquence de la propriété : l'attribut essentiel, constitutif de la propriété, c'est le droit de disposer; s'il est reconnu que l'homme peut disposer durant sa vie de ce qu'il a, des objets qui composent sa fortune soit un par un, soit en bloc, il faut reconnaître aussi qu'il peut en disposer pour après sa mort; s'il est reconnu que durant sa vie il peut transférer sa propriété à des étrangers, il faut admettre qu'il peut, à plus forte raison, la laisser à son décès à ses enfants, à sa femme, à ses parents? Contester l'hérédité, c'est méconnaître les droits de la nature, c'est nier l'affection que le père a pour ses enfants, c'est contrarier cet instinct si puissant du cœur qui fait que l'homme travaille moins pour lui que pour eux. Cicéron avait raison, quand il disait : « *Nemo unquam mihi persuadebit multos præstantes viros tanta esse conatos nisi animo cernerent posteritatem ad se pertinere.* » Ce n'est pas seulement contrarier les besoins les plus impérieux de la nature, du cœur humain que de contester la transmissibilité de la propriété par l'hérédité; c'est une faute au point de vue de l'économie sociale. L'intérêt public exige que l'homme soit assuré de conserver le produit de son travail : il exige au même degré que l'homme soit assuré de le transmettre à ceux qui lui sont chers. « On veut que l'homme travaille, a dit M. Thiers, et, afin qu'il travaille, on lui assure la possession de ce qu'il produit; c'est beaucoup que cette première assurance, toute personnelle à lui, mais ce n'est pas assez. Il y a là de quoi le faire travailler un tiers, une moitié peut-être de sa vie, mais il n'y a pas de quoi le faire travailler sa vie entière, surtout de quoi lui procurer la plus grande

des douceurs du travail, celle de transmettre son bien à ses enfants. » A un autre point de vue encore, l'intérêt public est intéressé au principe d'hérédité par un motif qui, hélas! n'est point à l'honneur de la nature humaine, mais qui n'en est pas moins puissant. Depuis longtemps on a observé et dit que, dans la famille, l'affection n'allait point en remontant : « A reculons, des enfants aux pères, elle n'est pas si grande, » dit Montaigne. Si l'amour paternel garantit suffisamment d'un côté l'union de la famille, l'affection filiale n'offre pas de l'autre les mêmes garanties. L'hérédité est un lien de plus, qui rattache les enfants au père ; en la supprimant, on rompt ce lien ; la famille se dissout, se disperse ; les enfants quittent le toit paternel, cherchant fortune au loin : la vie de famille est perdue. La transmissibilité des biens, au contraire, surtout si on y ajoute la possibilité d'exhérédation dans certaines limites, vient soutenir dans ses défaillances l'affection des descendants ou des collatéraux, insuffisante trop souvent, hélas ! pour maintenir l'union dans la famille. Pour ces raisons multiples, un législateur comme Mahomet, moraliste et réformateur, fondateur d'une société et d'un empire, devait consacrer le principe d'hérédité. « Les hommes, a-t-il dit, doivent avoir une portion des biens laissés par leurs pères et mères et leurs proches. Que l'héritage soit considérable ou de peu de valeur, une portion déterminée leur est due. » Il fait plus que consacrer le principe ; non-seulement il reconnaît que les biens sont transmissibles par succession, ce qui, à la rigueur, eût suffi, car le cœur humain en eût tiré les conséquences ; il va plus loin : pour lui, transmettre ses biens à ses enfants, à ses parents, c'est plus qu'un droit, c'est un devoir : quelle que soit la valeur de l'héritage, une portion déterminée leur est due. Qui déterminera cette portion? Mahomet lui-même.

On peut se demander ici à quel titre le législateur intervient pour régler lui-même les transmissions par succession ; il semble que l'hérédité, conséquence de la propriété, doive être abandonnée, en ce qui concerne sa dévolution, au libre arbitre du propriétaire ; il semble que logiquement on doive laisser à celui-ci la latitude la plus étendue dans la disposition de ses biens ; il semble même que le législateur doive rester complétement étranger à cette disposition : il n'en est pas ainsi. Rien n'est plus étroitement lié à l'ordre politique que le droit successoral, si ce n'est

peut-être le droit familial : l'intérêt public domine les conséquences du principe. « Et vos biens et vous estes à vostre famille tant passee que future, dit le législateur de Platon : mais encores plus sont au publicque et vostre famille et vos biens..., ayant respect et à l'interest universel de la cité et à celuy de vostre maison, i'establiray des lois et feray sentir, comme de raison, que la commodité particuliere doibt ceder à la commune. Allez vous en ioyeusement où la necessite humaine vous appelle ; c'est à moy qui ne regarde pas l'une chose plus que l'autre, qui, autant que ie puis, me soigne du general, d'avoir soucy de ce que vous laissez... » Il importe à l'ordre social que les transmissions de biens par succession se fassent de telle ou telle manière ; à la Rome aristocratique et païenne, il fallait le système agnatique fondé sur la puissance, comme à la Rome démocratique et chrétienne le système naturel fondé sur le sang ; à la France féodale, il fallait le droit d'aînesse, comme à la France révolutionnaire une loi successorale, avec l'égalité pour base. C'est par une raison politique que les lois, s'interposant entre le *de cujus* et ses héritiers, réglementent la transmission des biens et fixent la part de chacun. Une autre raison encore, une raison d'ordre public, légitime l'intervention du législateur dans la disposition de l'hérédité : il importe que les biens ne restent pas sans maître ; à qui pourtant appartiendront-ils, quand leur propriétaire sera décédé sans avoir manifesté ses intentions à cet égard ? La loi, réglant l'hérédité, a fait par avance le testament de tous ceux qui n'en font pas : ils sont réputés avoir consenti que leurs biens soient dévolus conformément à la loi. C'est à ces raisons que Mahomet a obéi. Qu'on examine de près le système successoral qu'il institue, et l'on verra dans quel rapport intime il se trouve avec la constitution politique qu'il prépare aux Arabes. Un régime agnatique, si favorable au développement des aristocraties, ne pouvait pas lui convenir ; son œuvre était de fondre les tribus arabes isolées et rivales avant lui, d'en former une unité puissante soumise à un pouvoir théocratique et absolu ; or, dans un peuple destiné à l'obéissance, il ne fallait pas constituer, au moyen de l'accumulation des biens dans les familles, une aristocratie qui pût devenir plus tard une force résistante. Voilà pourquoi nous ne trouvons dans le droit successoral du Coran rien d'analogue aux dispositions du droit romain et du droit

coutumier, qui ait pour but de conserver les biens dans les familles et de perpétuer la splendeur du nom, rien qui ressemble de près ou de loin à l'agnation, à la distinction des propres et des acquêts, au droit d'aînesse. L'hérédité est réglée d'après l'affection présumée du défunt, avec autant de sagesse politique que de raison naturelle : le droit successoral du Coran est tellement conforme à la nature et à l'équité, qu'il semble même que la raison politique y soit restée tout à fait étrangère. Il n'en est pourtant pas ainsi ; seulement Mahomet a eu cette heureuse fortune que la nature humaine ait servi en ce point ses projets politiques ; rien n'est, en effet, plus conforme à la raison humaine, et en même temps plus propice au développement du despotisme théocratique, que ce droit successoral. Mais ce qui décèle l'idée politique, c'est le soin avec lequel Mahomet invite les Arabes à s'en remettre, pour la transmission de leurs biens après décès, à l'ordre des successions qu'il a établi ; il le leur impose en quelque sorte. « Si vous faites un testament, leur dit-il, vous le ferez ainsi, » et il leur donne alors sa loi des successions ; « si vous ne faites pas ainsi, ajoute-t-il, vous souffrirez les feux éternels de l'enfer.— Celui qui désobéira à Dieu et à son envoyé, et qui transgressera les commandements de Dieu, sera précipité dans le feu, où il restera éternellement livré à un châtiment ignominieux. » Au contraire, il promet à ceux qui observeront la loi le bonheur sans fin : « Ceux qui écouteront Dieu et son envoyé seront introduits dans les jardins arrosés par des courants d'eau ; ils y demeureront éternellement : c'est un bonheur immense. » Il va plus loin : non-seulement il dit aux Arabes : « Si vous faites un testament, vous le ferez conformément à ma loi, » il leur dit : « Vous ferez un testament, et vous le ferez selon ces dispositions. » En effet, dans tous les textes du Coran relatifs aux successions, l'existence d'un testament est sous-entendue. N'est-ce pas là quelque chose de remarquable ? N'y a-t-il pas là comme une reconnaissance implicite du droit exclusif qui appartient à l'homme de disposer de ses biens à son décès ? Ne semble-t-il pas que Mahomet n'ait point osé mettre ouvertement sa volonté à la place de celle du propriétaire ? Ne semble-t-il pas qu'il ait éprouvé le besoin de faire ratifier ses dispositions par celui qui seul peut logiquement disposer, par le propriétaire qui va mourir ? Sans doute, cette ratification n'est pas librement donnée ; mais quelle

qu'elle soit, elle a suffi pour calmer les scrupules apparents du Prophète. On conçoit maintenant l'importance toute secondaire que doit avoir et qu'a, en effet, le testament dans le droit musulman. Montaigne a dit : « La plus saine distribution de nos biens en mourant me semble estre les laisser distribuer à l'usage du pays : les loix y ont mieulx pensé que nous, et vault mieulx les laisser faillir en leur eslection que de nous hazarder de faillir temerairement en la nostre. » Ainsi font les Arabes, avec d'autant plus de raison et de prudence qu'en faisant autrement, ils compromettent fort les félicités éternelles de l'autre vie.

D'après les jurisconsultes musulmans, on distingue deux classes d'héritiers : les héritiers à portion légale, que nous pourrions appeler réservataires [1], et les héritiers universels, qu'on désigne par le mot *àceb*. Les héritiers acebs sont ceux qui ont vocation à l'universalité de la succession : ce sont tous les parents de la lignée masculine ; probablement, ils étaient les seuls héritiers reconnus avant Mahomet. Les héritiers à portion légale sont ceux qui n'ont de vocation que pour une portion déterminée, auxquels le Coran attribue irrévocablement une part fixée à l'avance : ils la prélèvent sur l'actif de la succession à laquelle ils sont appelés ; et ensuite le reste est dévolu aux acebs d'après la proximité de leur degré, le plus proche excluant le plus éloigné, ou par fractions viriles, s'ils sont au même degré. Ce n'est pas de ceux-là que nous avons à nous occuper ; il nous suffit de les mentionner ici, mais nous devions le faire, puisqu'ils constituaient eux seuls tout le système successoral antérieur à Mahomet, et que c'est sur lui que Mahomet a enté le système des héritiers à portion légale. Si nous n'eussions parlé que de ces derniers, nous eussions donné une notion incomplète de la dévolution des biens par voie d'hérédité, même au temps de Mahomet, et par conséquent inexacte et erronée ; mais ce fait étant une fois constaté, que les héritiers acebs sont tous les mâles de la lignée masculine, et qu'ils ne viennent qu'après les héritiers à portion légale, nous pouvons aborder le système innové par Mahomet [2].

[1] Ce mot n'a point ici, comme nous le ferons voir plus loin, le sens qu'on lui attache dans notre droit.

[2] *Chrestomathie* de Bresnier. V. la notice insérée à la fin de cet ouvrage, par M. Solvet, sur les successions arabes.

Trois points sont particulièrement remarquables dans la manière dont Mahomet a réglé les successions : nous voulons parler du droit de masculinité, du concours des différents héritiers à portion légale entre eux, de la succession des époux entre eux, qui sont eux-mêmes des héritiers à portion légale.

Il n'est point étonnant de rencontrer le droit de masculinité dans la loi successorale du Coran ; on le trouve dans toutes les législations primitives, car il est une conséquence de l'état de violence auquel sont livrées les sociétés à leur enfance. N'est-il pas naturel que les biens appartiennent à ceux qui peuvent les défendre et les conserver ? N'est-il pas naturel que dans une civilisation où la force domine, le sexe fort soit en quelque sorte un sexe privilégié ? Aussi le droit de masculinité est un trait commun à toutes les civilisations qui commencent, aussi bien chez les peuples occidentaux que parmi ceux de l'Orient. Il est dans le droit germanique, il est dans les coutumiers gallois, comme il est dans la législation judaïque. « *De terra vero salica nulla portio hæreditatis mulieri veniat, sed ad virilem sexum tota terræ hæreditas perveniat,* » dit la loi Salique. « *Quum virilis sexus exstiterit, fœmina in hæreditatem aviaticam non succedat,* » dit la loi Ripuaire. « *Homo quum mortuus fuerit absque filio, ad filiam ejus transibit hæreditas,* » dit le livre des Nombres. Mais ce n'est pas aux livres bibliques que Mahomet a emprunté le privilége qu'il consacre au profit des mâles : il existait dans le droit primitif des Arabes avec une énergie extrême, puisque les mâles seuls étaient héritiers ; Mahomet le modifia profondément par le système des héritiers à portion légale. Avant lui, les mâles, quelque éloigné que fût leur degré, écartaient la fille ; chez les Juifs, le fils lui était préférable, mais elle primait les autres héritiers mâles d'un rang plus éloigné ; d'après les lois du Coran, le fils concourt seulement avec elle, mais il a une part double. « Dieu vous commande dans le partage de vos biens entre vos enfants de donner au garçon la portion de deux filles. » Mahomet ne va pas plus loin dans cette voie du privilége, et ne la suit pas jusqu'au droit d'aînesse, droit hébraïque aussi pourtant, comme l'attestent le singulier marché d'Esaü et de Jacob et la touchante histoire de la bénédiction de Manassé et d'Ephraïm. Le droit de masculinité répondait aux besoins de l'état violent d'une société encore livrée à la force, et en même temps à l'idée

de supériorité de l'homme sur la femme : deux raisons pour lesquelles il devait trouver place dans le droit du Coran ; le droit d'aînesse fondé sur une idée aristocratique, contraire au pnincipe politique de Mahomet, devait en être écarté. Ce privilége au profit des mâles n'a pas d'ailleurs toute la portée qu'il semble avoir : il n'a pas pour effet, comme on pourrait le croire à la première vue, d'avantager les fils aux dépens des filles ; il n'a fait en quelque sorte que rétablir l'égalité entre les deux sexes. La femme, qu'on veuille bien se le rappeler, a déjà son sort assuré par la constitution de dot que lui a faite son mari ; si, en outre, elle était appelée à prendre dans la succession paternelle une part égale à celle de l'enfant mâle, l'égalité serait rompue entre eux à son profit contre ce dernier : il n'était donc ni utile, ni juste que la femme eût les mêmes droits de succession que l'homme. Cependant, il est un cas où il en est ainsi : lorsque les frères et sœurs ne prennent qu'une partie d'une succession, le partage se fait entre eux par égales portions, sans distinction de sexe. « Si un homme hérite d'un parent éloigné ou d'une parente éloignée, et qu'il ait un frère ou une sœur, il doit à chacun des deux un sixième de la succession, les legs et les dettes prélevés. » Quoiqu'il soit difficile de construire une espèce sur un pareil texte, il est pourtant assez clair pour justifier ce que nous venons de dire. Cette exception s'explique, dit M. Dulau [1], par cette considération que le droit de la femme en pareil cas eût été anéanti pour ainsi dire par la faible part qui lui fût revenue. Ainsi, pour nous résumer sur ce point, d'après le Coran, quand la succession est dévolue aux descendants, il faut distinguer trois cas : ou bien les descendants sont tous du sexe masculin, ou bien parmi eux il y en a du sexe féminin, ou bien la postérité est toute féminine. Dans le premier cas, ils partagent la succession par portions égales : *concursu partes fiunt;* dans le second, les enfants mâles ont droit à une part double de celle des filles ; si enfin il n'y a que des filles, on distingue encore : si elles sont deux au moins, elles prennent les deux tiers de la succession ; s'il n'y en a qu'une, elle prend la moitié. A qui appartiendra la fraction dont il ne leur est pas fait attribution ?

[1] Plus d'une fois, comme on a pu le voir, nous avons eu recours au livre de MM. Dulau et Pharaon : *suum cuique.*

Elle appartiendra à l'aceb le plus proche, à moins qu'il n'y ait d'autres héritiers à portion légale, lesquels viendront encore avant lui prendre sur le reste la part que la Loi des lois leur attribue. Ceci nous amène à parler du concours des ascendants; mais avant de quitter ce qui concerne les descendants, il importe de noter comme un trait caractéristique que tous les enfants, nés en mariage ou hors mariage, succèdent avec des droits égaux, comme cela eut lieu chez nous sous l'empire de la loi du 12 brumaire an II. On n'écarte que les enfants nés d'un commerce honteux ou criminel : ne sont point nés d'un commerce honteux les enfants nés des esclaves. Le droit hébraïque, à plus juste raison, observait une légitime différence entre les enfants nés du mariage et ceux qui ne l'étaient pas : Abraham donna à Isaac tout ce qu'il possédait, parce qu'il était l'enfant légitime ; il fit seulement des présents aux fils de ses concubines.

Le concours des ascendants avec les descendants est quelque chose d'unique, qu'on ne rencontre dans aucune autre législation, même dans les législations où le droit successoral est réglé d'après l'affection présumée du défunt : il a semblé que l'affection filiale était incompatible avec l'affection paternelle, et que celle-ci excluait celle-là. Mahomet en a jugé autrement : il a pensé que le défunt, pour avoir des enfants, ne cessait pas pour cela d'avoir pour ceux auxquels il devait la vie une affection que le sang commande ; il a pensé qu'à consulter les intentions probables du *de cujus*, le père et la mère devaient être appelés à sa succession concurremment avec ses enfants : c'est ce qu'il a fait. Les dispositions du Coran à cet égard ne sont donc pas nées, comme on l'a dit, de la volonté capricieuse et toute-puissante du législateur : nous y voyons au contraire une preuve de plus à l'appui de l'opinion que nous exprimions plus haut, quand nous disions que le système successoral de Mahomet reposait sur l'ordre naturel et l'affection présumée du défunt. Qu'a fait, en effet, Mahomet en appelant conjointement les ascendants et les descendants? Il a interprété l'intention probable du défunt d'après son affection présumée. C'est par cette raison aussi que les père et mère, tout en concourant avec les enfants, n'ont pas les mêmes droits qu'eux. « Les père et mère, dit le Coran, auront chacun le sixième de

ce que l'homme laisse, s'il a laissé un enfant : s'il n'en laisse aucun et que ses ascendants lui succèdent, la mère aura un tiers ; s'il laisse des frères, la mère aura un sixième, après que les dettes et les legs auront été prélevés. » Ainsi, si le *de cujus* a un enfant, c'est-à-dire a une postérité, ses père et mère ont droit chacun à un sixième de sa succession ; le surplus se partage entre les descendants, de telle façon que les mâles aient une part double de celle des filles. Si cependant la postérité du *de cujus* est exclusivement féminine, nous avons vu que cette postérité n'a droit selon les cas qu'aux deux tiers ou à moitié de la succession. Lorsque la part qui lui est dévolue est des deux tiers, le surplus se trouvant attribué aux père et mère, le partage se trouve comprendre l'intégralité de la succession. Lorsque cette part n'est au contraire que de moitié, il reste une fraction indivise sur laquelle s'exerce naturellement le droit de l'héritier aceb le plus proche, puisqu'il a toujours une vocation au tout : cet héritier pourra être le père, qui alors se trouvera réunir sur sa tête les deux qualités. Si le défunt ne laisse pas de postérité, les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, à l'exception toutefois du mari ou de l'épouse ; mais ici apparaît de nouveau le privilége de masculinité. Quand la succession est dévolue tout entière aux père et mère, la mère n'a qu'un tiers, les deux autres tiers étant dévolus au père, comme aceb le plus proche. Le même privilége se manifeste encore d'une autre façon : à défaut de postérité, les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous autres, avons-nous dit ; cela n'est vrai qu'autant que les père et mère sont tous deux survivants. Si le *de cujus* ne laisse que sa mère, il n'en est plus ainsi ; il lui est fait attribution d'une quote-part déterminée, un sixième, mais les collatéraux sont appelés pour le surplus.

Ce n'est qu'à défaut de postérité et d'ascendants que les collatéraux succèdent pour le tout. Quand nous parlons des collatéraux, nous n'entendons parler que des frères et sœurs, de même que, lorsque nous prononcions le mot d'ascendants, notre pensée ne se référait qu'aux père et mère. En effet, le Coran, dans la ligne ascendante, n'accorde la successibilité qu'aux parents au premier degré ; dans la ligne collatérale qu'aux parents au second degré ; dans tous les textes qui se réfèrent à ce sujet, partout nous trouvons les expressions *père* et *mère*, *frère* et

sœur, sans que rien nous autorise à étendre la vocation de la loi à des parents d'un degré plus éloigné [1]. Que faut-il voir dans ce fait, sinon une preuve de plus que Mahomet s'est toujours inspiré dans sa loi successorale de l'affection présumée du défunt? Sans doute, dans la vie sédentaire des civilisations avancées, l'affection de famille n'est point renfermée dans des limites aussi étroites que celles imposées par le prophète à l'hérédité. La famille est groupée ; l'affection née d'une communauté d'origine se maintient, se développe entre les différents membres qui la composent, par des relations fréquentes et des intérêts communs. Mais dans l'état de la société arabe au temps de Mahomet, elle n'avait pas ces aliments substantiels qui ont fait que les législateurs modernes, animés de la même pensée que lui, ont pu étendre, soit directement, soit indirectement, au moyen de la représentation, la succession collatérale avec autant de logique qu'il la restreignait au second degré. « Si un homme meurt sans enfants, et s'il a une sœur, dit le Coran, celle-ci aura la moitié de ce qu'il laissera. Lui aussi sera son héritier, si elle n'a aucun enfant. S'il y a deux sœurs, elles auront les deux tiers de ce que l'homme aura laissé ; s'il laisse des frères et sœurs, le fils aura la portion de deux filles. Dieu vous l'explique clairement, de peur que vous ne vous trompiez. » Ici encore apparaît le droit de masculinité : le frère succède pour le tout à la sœur comme aceb ; la sœur ne succède au frère que pour partie, moitié si elle est seule ; s'il y a deux sœurs ou plus de deux sœurs, elles ont conjointement les deux tiers de la succession. Dans cette espèce, à qui appartient le tiers restant ? à qui appartient la moitié dans l'espèce précédente? Cette portion restée sans attribution est dévolue à l'aceb le plus proche ou au fisc, au *beit-el-mal* qui est le dernier des acebs.

A côté de ces successions fondées sur l'affection née de la communauté du sang, nous devons placer, avec le Coran, la succession des époux entre eux. Cette succession n'est pas,

[1] Nous rappelons ici que nous ne nous occupons que de la succession organisée par le Coran, que de la succession des héritiers à portion légale. Si l'on voulait étendre à d'autres la réflexion que nous ne faisons qu'à propos de ceux-là, elle deviendrait inexacte : pour les héritiers acebs, les degrés de successibilité étaient vraisemblablement plus étendus. V. ch. IV, verset 15.

comme on pourrait le croire, une succession à part, distincte de la succession des héritiers du sang, avec un patrimoine à elle sur lequel elle puisse s'exercer, indéterminé quant à l'individualité des objets qui le composent, mais déterminé dans sa quotité, comme nous le verrons : elle ne s'exerce pas par prélèvement sur la succession ordinaire, si on veut accepter l'expression pour indiquer la succession dévolue aux héritiers du sang : l'époux survivant ne prend pas d'abord sur l'ensemble du patrimoine du défunt la quote-part qui lui est attribuée par la loi pour le surplus être distribué selon les règles que nous avons rapportées plus haut. Non, elle n'a rien qui rappelle l'institution qu'on appelle chez nous la succession anomale : l'époux et l'épouse sont des héritiers à portion légale, comme ceux que nous avons vus plus haut. Leur droit est semblable au droit de ceux-ci ; il n'est pas préférable, il est identique, non-seulement dans sa qualité, mais encore dans son origine. En effet, elle a avec la succession ordinaire une communauté d'origine, en ce sens qu'elle est comme elle basée sur l'affection présumée : qu'importe au législateur la cause de cette affection présumable, si elle est légitime et assez puissante pour qu'il en puisse conclure la volonté probable du défunt de laisser ses biens à ceux qui en sont l'objet ; qu'importe que cette affection repose sur la communauté du sang ou sur l'intimité des relations qui existent entre époux ? Cette affection est-elle probable, est-elle légitime? Voilà les questions que Mahomet devait se poser : il y a répondu affirmativement, et, fidèle au principe éminemment satisfaisant qui préside dans sa législation à la dévolution des biens par voie d'hérédité, il appelle les époux à se succéder réciproquement, complément nécessaire, conséquence logique de la réhabilitation de la femme, que Mahomet a tentée autant que l'ont permis les nécessités de l'époque et les besoins de sa cause. Avant lui, la veuve pas plus que la mère, la fille ou la sœur, ne venait prendre part dans la succession du défunt ; à cette époque de violences, les biens appartenaient aux forts et aux courageux, à ceux qui pouvaient les défendre ; les faibles en étaient écartés, les femmes comme les enfants et les vieillards : c'est là la logique brutale de la force. Ceux-ci étaient abandonnés à la discrétion de ceux-là : ils n'avaient point de droit, pas même à leur subsistance ; ils l'attendaient tout entière du

bon vouloir de celui que le sexe et l'âge avaient fait assez fort pour être héritier. Mahomet répudie les barbares coutumes du passé ; il protége l'orphelin, il relève la femme, dans le mariage comme après sa dissolution ; il lui assure la conservation de sa dot, nous l'avons vu ; il fait plus, il l'appelle à succéder à son mari, comme son mari est appelé à lui succéder. C'est ainsi qu'il pourvoit à la subsistance de la veuve, par la dot que son mari lui a constituée, par la part qu'elle recueille dans sa succession. On est étonné vraiment, quand on fouille un peu dans ces dispositions en apparence si vagues et si incohérentes du Coran, de trouver que Mahomet apporta lui aussi sa solution à tous ces grands problèmes de législation si diversement résolus. Assurer la subsistance de la veuve, de combien de manières n'a-t-on pas tenté d'atteindre ce résultat ? En droit romain, on imagine la restitution de la dot apportée par la femme, puis la donation *propter nuptias ;* plus tard, sous Justinien, un droit de succession ; chez les Grecs, on a recours aussi à un augment appelé *epibolon* ; dans le droit germanique et féodal, c'est le *morgengab* et le douaire ; mais une même idée morale se dégage de toutes ces institutions. Mahomet s'y associe par ses dispositions sur cette matière ; cette idée, nous la trouvons exprimée dans le langage si simple et si naïf de Montaigne : « Bien seroit-il toutesfois contre nature de faire despendre les mères de la discrétion de leurs enfans. On leur doibt donner largement de quoy maintenir leur estat, selon la condition de leur maison et de leur aage : d'autant que la nécessité et l'indigence est beaucoup plus malséante et malaysée à supporter à elles qu'aux masles : il faut plustost en charger les enfans que la mère. » Donner aux femmes de quoi vivre après le décès de leur mari, telle paraît avoir été la pensée qui a dicté à Mahomet dans quelle mesure la succession de l'époux devait être réglée vis-à-vis de la femme. L'affection présumée explique l'existence du droit successif entre les époux, elle n'explique pas l'infériorité du droit de la femme par rapport à celui du mari. En dehors des considérations tirées de l'infériorité de la femme et des autres considérations que nous avons déjà fait valoir pour expliquer l'existence du privilége de masculinité, ici, plus que dans les autres successions, nous devons attribuer de l'importance à la conservation de la dot fournie par le mari, et qui, dans le cas où la femme est appelée à la succession de celui-ci,

peut être considérée comme un avancement d'hoirie. On comprend qu'il n'était pas nécessaire que la femme eût une part aussi forte que celle du mari, puisque déjà elle avait reçu une dot destinée à subvenir plus tard à ses besoins. Aussi le Coran dispose-t-il que le mari aura la moitié des biens laissés par la femme, si elle meurt sans enfants ; le quart de ces mêmes biens, si elle laisse des enfants, tandis que la femme succédant au mari n'aura, dans le premier cas, qu'un quart, dans le second, qu'un huitième. « A vous, hommes, la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas d'enfant : et si elles en laissent, vous aurez le quart, après les legs qu'elles auront faits et les dettes payées. — Elles auront le quart de ce que vous laissez, après les legs que vous aurez faits et les dettes payées, si vous n'avez pas d'enfant ; et si vous avez des enfants, elles auront le huitième de la succession, après les legs que vous aurez faits et les dettes payées. » Ces dispositions présentent, en ce qui concerne les femmes, une difficulté : le Coran permet la polygamie ; or, les femmes ont-elles droit conjointement et par tête à la portion qui leur est attribuée dans la succession de leur époux, de sorte qu'il n'y ait jamais qu'un quart attribué aux épouses, quel que soit leur nombre, ou bien au contraire un quart est-il dévolu à chacune d'elles ? Matériellement, il n'y aurait rien d'impossible dans cette dernière opinion, puisque le nombre *quatre* est le maximum imposé aux Arabes, et qu'en admettant que le défunt mari ait usé de la licence accordée par la loi, la solution arithmétique ne nous conduirait qu'à l'attribution de l'intégralité de la succession au profit des femmes. Mais c'est justement ce résultat qui nous fait reculer et pencher vers l'opinion contraire : car la dévolution aux femmes de la succession tout entière aurait pour conséquence l'exclusion des ascendants et des frères et sœurs du mari défunt. Or, pourquoi dans la succession du mari les ascendants et les frères et sœurs de celui-ci seraient-ils exclus par les femmes, tandis que, dans les successions des femmes, les ascendants et les collatéraux de celles-ci ne pourraient jamais l'être par le mari, puisque dans le cas le plus favorable il ne lui est jamais accordé plus que moitié de la succession ? Un pareil résultat est évidemment en opposition directe avec l'ensemble des dispositions du Coran : dans une législation où la faveur de la loi est acquise aux

hommes, il serait singulier que les parents de ceux-ci, ne fût-ce que dans un seul cas, se trouvassent dans une situation désavantageuse relativement aux parents des femmes.

Une autre difficulté se présente : quand le *de cujus* ne laisse pas d'enfant, la part attribuée par le Coran au mari survivant est de moitié, avons-nous dit. D'un autre côté, si le *de cujus* a laissé aussi deux sœurs, nous voyons que les deux tiers de la succession leur sont dévolus. Or, comment faire dans ce cas : la fraction attribuée au mari et celle attribuée aux deux sœurs forment, réunies, plus que l'entier; il est impossible que celui-ci ait moitié et celles-là les deux tiers de l'actif de la succession à partage. Comment faire ? Le mari prélèvera-t-il sa part? Alors les deux sœurs auront moins qu'il ne leur est dû. Sera-ce le contraire ? les sœurs seront-elles appelées à prendre d'abord les deux tiers ? le résultat inverse se produira et le mari sera lésé. On a recours alors à un procédé que les jurisconsultes musulmans appellent l'*aoul*. On élève le dénominateur sans élever le numérateur; en d'autres termes, on réduit les deux fractions au même dénominateur, puis on leur donne pour dénominateur commun le chiffre obtenu par l'addition des numérateurs. Chacune des fractions avec ce dénominateur nouveau représente la part attribuée à chacun des ayants droit : ainsi, dans l'espèce, le mari aura trois septièmes, les sœurs quatre septièmes de la succession. Cette manière de procéder, qui concilie les droits des parties, en faisant subir une réduction à chacune d'elles, fut imaginée, paraît-il, par le calife Omar.

Indépendamment de son droit de succession, l'épouse a encore un avantage semblable à celui conféré à la femme commune survivante par l'article 1465 du Code Napoléon. « Ceux d'entre vous qui mourront, dit le Coran, laissant après eux leurs femmes, assigneront à celles-ci un legs destiné à leur entretien pendant une année et sans qu'elles soient obligées de quitter la maison. Si elles la quittent d'elles-mêmes, il ne saurait résulter aucun péché pour vous de la manière dont elles disposeront honnêtement d'elles-mêmes. Dieu est puissant et sage. » Mahomet, ici encore, fidèle à son principe, suppose l'existence d'un testament ; mais nous savons que ce testament n'est qu'une ratification de la loi successorale édictée par lui : de sorte qu'il y a dans cette disposition plus qu'une disposition particulière, il y

à une disposition générale. Il n'était pas décent, il était contraire à l'affection conjugale, que la femme fût livrée à la merci des héritiers, chassée du domicile conjugal et privée de toutes ressources, en attendant la liquidation de la succession. Les mêmes raisons qui inspirèrent le législateur français au dix-neuvième siècle inspiraient Mahomet au septième siècle.

Pour terminer la matière des successions ab intestat, il ne nous reste plus qu'un mot à dire sur le payement des dettes. Dans le droit de Mahomet, la succession se fait activement, elle ne se fait pas passivement; l'héritier succède à l'actif, il ne succède pas au passif. Il n'est point le représentant universel du défunt, il ne prend pas absolument sa place; il ne vient pas, selon l'énergique expression romaine, prendre le rôle du *de cujus*, revêtir son masque civil, continuer ses droits et ses obligations. La succession n'a point d'effets aussi énergiques, parce que, se plaçant moins au point de vue de l'utilité générale qu'au point de vue présumable de la volonté du défunt, Mahomet ne s'est pas jeté dans les fictions, et s'est tenu dans la réalité. La succession ne se fait pas de personne à personne; elle n'est que la transmission des biens à des personnes appelées héritiers et déterminées d'après les règles que nous savons: pour qu'il y ait succession, il faut qu'il y ait des biens; s'il n'y a pas de biens, il n'y a pas de succession. Est-ce à dire que les dettes du défunt ne seront pas payées? que la mort libérera le débiteur? Est-ce à dire que les héritiers prendront intact un patrimoine grevé de dettes nombreuses? Non sans doute. Il faut que ces dettes soient payées, et elles le seront par prélèvement sur l'actif. Il n'est pas une disposition du Coran dans laquelle soit fixée la part de l'héritier à portion légale qui ne contienne cette prescription: « Les dettes et les legs préalablement payés... Après que les dettes et les legs auront été acquittés. » C'est qu'en effet *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno* [1]. La succession ne peut comprendre que les biens dont le défunt n'a point disposé, ni directement en les vendant, ni indirectement en les grevant. De même qu'on ne pouvait, en faveur des héritiers, lui interdire d'aliéner ses biens de son vivant, de même on ne pouvait lui défendre de contracter des dettes au payement desquelles ces

[1] L. 29, *De verb. signif.*, au D.

mêmes biens fussent affectés, sans méconnaître le droit de propriété dans les usages divers qu'on en peut faire. Aussi Mahomet s'en est-il tenu à cette idée : le patrimoine du défunt est affecté tout entier au payement de ses dettes, les héritiers n'ont droit qu'au surplus de l'actif, les dettes préalablement acquittées. Si le passif l'absorbe, ils n'ont rien, mais, s'il le dépasse, ils n'en sont pas responsables vis-à-vis des créanciers ; ils sont enfin dans une position analogue à celle de nos successeurs irréguliers tenus seulement, *intra vires*, des dettes de la succession à laquelle ils sont appelés.

Dans les divers versets du Coran que nous avons cités, on a pu observer que les dettes et les legs se trouvent toujours compris dans la même formule, comme devant être prélevés avant partage sur l'actif de la succession. Quoique les textes ne soient pas explicites à cet égard, il n'est pas douteux que le prélèvement doit être affecté en premier lieu à l'extinction du passif ; que ce n'est qu'après les créanciers que les légataires doivent être payés. *Nemo liberalis, nisi liberatus ;* on ne peut donner que ce que l'on a, et les biens grevés, comme nous l'avons dit, ne nous appartiennent pas. Mais, après les créanciers, les légataires ; ils viennent avant les héritiers acebs, avant même les héritiers à portion légale. Ceux-ci ne sont donc pas, comme on aurait pu le croire en raison de la part préfixe que leur attribue le Coran, des héritiers réservataires, c'est-à-dire des héritiers au profit desquels la loi dispose sans le consentement et même contre le gré du *de cujus* d'une certaine portion de biens déclarée indisponible entre les mains de ce dernier. Il n'en est rien ; les héritiers à portion légale constituent un ordre de succession particulier qui a quelque analogie avec les héritiers prétoriens du droit romain. Ils sont appelés pour une certaine part à une succession dont ils auraient été écartés d'après la loi primitive et les anciens usages ; ils priment les héritiers acebs, mais en cela seulement leur condition est préférable à la leur ; comme eux ils supportent les dettes et les legs.

Il ne faut pas croire pourtant que le legs ait dans cette législation une importance extrême, au point qu'il puisse absorber toute la succession au détriment des héritiers du sang, puisqu'il n'y a point à leur profit de réserve légale. L'importance du legs est plus apparente que réelle : la faculté de tester est, pour ainsi

dire, illusoire, car elle ne s'exerce pas librement. Mahomet impose au testateur les héritiers qu'il doit instituer : le testament, comme nous l'avons fait observer, n'est en droit musulman que la consécration de l'ordre légal des successions : on n'y peut déroger sans encourir des peines sévères dans l'autre vie. Il semble que Mahomet n'ait point osé régler seul et sans le consentement ou la ratification du propriétaire la dévolution par voie d'hérédité : il semble craindre que sa loi, en disposant autocratiquement après décès des biens que le défunt a laissés, ne soit accusée de violer dans ses conséquences le droit saint de propriété ; il la met à l'abri de ce reproche en la couvrant de l'approbation du propriétaire lui-même, et il la lui assure en inspirant la crainte des maux futurs à ceux qui seraient tentés de la refuser ; la loi religieuse vient ici à l'appui de ses dispositions juridiques : le Prophète vient au secours du législateur. « Il vous est prescrit que lorsqu'un d'entre vous est près de mourir, il doit laisser par testament quelque bien à ses père et mère et à ses proches d'une manière généreuse : c'est un devoir pour ceux qui craignent Dieu. » Ainsi parle le Coran ; ailleurs nous lisons : « Les hommes doivent avoir une part déterminée des biens laissés par leurs père et mère et leurs proches. » Cette part, Mahomet la fixe et il ajoute : « Nous avons désigné à chacun les héritiers qui doivent recueillir la succession laissée par les père et mère, par les parents et par ceux avec lesquels vous avez formé un pacte. Rendez à chacun la portion qui lui est due, car Dieu est témoin de toutes vos actions. » Celui qui transgressera ces dispositions, qui sont les commandements de Dieu lui-même, *sera précipité dans le feu, où il restera éternellement livré à un châtiment ignominieux ;* celui qui les observe *sera introduit dans les jardins arrosés par des courants d'eau, pour y jouir d'un bonheur sans fin.* Ainsi point d'exhérédation : les héritiers ont aux biens du défunt un droit que celui-ci ne peut leur ôter sans encourir dans l'autre vie des peines terribles ; c'est la consécration puissante d'une idée morale que nous trouvons aussi dans les saintes Ecritures, mais formulée d'une façon moins impérieuse et moins absolue [1]. L'homme de bien doit laisser pour héritiers ceux auxquels le sang confère cette

[1] V. *Livre des proverbes*, XIII, 22; M. Dupin, *Règles de droit et de morale*.

qualité, *bonus relinquit hæredes filios et nepotes :* c'est un conseil, ce n'est point un ordre. On peut sans doute critiquer à plus d'un égard ce que le système de Mahomet a de radical; il prive sans doute le père de famille d'un moyen répressif énergique, en lui ôtant le droit d'écarter de sa succession les héritiers qu'il juge indignes, mais aussi il le soustrait aux suggestions sordides qui viennent trop souvent assaillir le vieillard jusque sur son lit de mort; il protége l'héritier du sang que les nécessités de la vie retiennent éloigné, contre les captations qu'exercent contre lui des cohéritiers avides qui assistent le testateur à ses derniers moments. Combien de calculs honteux ainsi déjoués! Combien d'irréparables injustices rendues impossibles! Sommes-nous toujours à même de distinguer, parmi nos parents et nos amis, le plus digne de notre succession? Souvent nous nous laissons prendre aux prévenances trompeuses, aux affections simulées; notre ami est celui qui flatte nos désirs, écoute nos caprices, et nous sacrifions, nous dépouillons l'homme honnête, dont le cœur ne sait pas feindre, au profit de celui dont les sentiments n'étaient qu'un leurre. Il faut lire les éloquentes paroles de Montaigne : « Oui, les loix ont mieulx pensé que nous, et volt mieulx les laisser faillir en leur eslection que de nous hazarder de faillir temerairement en la nostre [1]. »

Si par legs on ne peut disposer de sa succession tout entière, si par testament on ne peut créer à côté de l'hérédité légale un ordre spécial de succession, il n'est point défendu de faire ainsi certaines libéralités. Ces libéralités seront prélevées sur la masse de la succession, après le payement des dettes, avant le partage entre les héritiers. Dans la pensée de Mahomet, elles devaient être de minime valeur et proportionnées à l'importance des biens laissés; mais ses vues ne furent pas remplies. Les jurisconsultes musulmans ont considérablement augmenté cette concession faite par le Prophète aux volontés particulières du *de cujus;* ils ont constitué une véritable quotité disponible, qui est du tiers, selon les uns, du quart, selon les autres. Ils ont même fait plus : par la brèche que Mahomet lui-même avait pratiquée à son système, ils ont introduit une institution nouvelle qui ruine toutes les précautions qu'il avait prises pour

[1] V. Montaigne, *Essais,* l. II, ch. VIII.

assurer aux héritiers les biens de leurs auteurs. Mahomet ne tolérait pas seulement les libéralités particulières, il les provoquait au profit des pauvres et des orphelins : « Lorsque les orphelins et les pauvres sont présents au partage, faites-leur-en avoir quelque chose, » dit-il. Il en faisait un devoir, un devoir aussi sacré que de conserver ses biens à ses héritiers selon le sang : « Rends à tes proches ce qui leur est dû, ainsi qu'aux pauvres et aux voyageurs. » Ainsi se trouvaient légitimés les legs pieux. Les jurisconsultes en argumentèrent : il fut reçu que donner aux mosquées était donner aux pauvres et aux orphelins : puis on put leur donner non-seulement la quotité disponible, le tiers ou le quart, comme à d'autres personnes, mais, la cause du legs étant sainte, on put leur laisser l'universalité des biens avec ou sans condition. Ainsi s'introduisit l'usage des substitutions ou des *hobouss* : la mosquée est instituée héritière, ou bien de son vivant on lui donne tous ses biens, à la charge d'en laisser l'usufruit à ceux que désigne le testament : elle a sur tous ces biens un domaine éminent auquel vient s'ajouter le domaine utile quand la liste des substitués est épuisée. Ainsi la volonté toute-puissante de l'homme crée dans ces circonstances une succession à part. Faut-il s'étonner que la jurisprudence musulmane ait imaginé un pareil expédient? Le besoin ne devait pas tarder à se faire sentir d'éluder une loi qui imposait à l'homme ses héritiers, et souvent le blessait dans les affections les plus vives de son cœur : les enfants mâles avantagés au détriment des filles, les enfants d'un fils prédécédé écartés par un oncle survivant, voilà des conséquences de la loi de Mahomet auxquelles il était naturel qu'on voulût échapper. A cela ajoutez la crainte des confiscations, devenues plus tard si fréquentes dans les contrées soumises au pouvoir despotique du prince et évitées par l'intervention intéressée du pouvoir religieux ; en voilà plus qu'il ne faut pour expliquer l'existence des substitutions et leur multiplicité. Pourtant il est remarquable que les hcbouss ne soient admis que par la secte de Maliq, et pratiqués seulement dans les pays qui suivent ses doctrines [1]. Pourquoi cette institution se trouve-t-elle dans le rite maliqite ;

[1] En Algérie, où la secte de Maliq est l'école dominante, la constitution d'*hobouss* est d'un usage très-fréquent. V. MM. Pharaon et Dulau.

pourquoi est-elle repoussée par les sectes rivales? Il y a là un point à élucider, dont l'étude nous mènerait en dehors des limites que nous nous sommes imposées. D'ailleurs les hobouss sont une innovation à la législation primitive musulmane qui, seule, fait l'objet de ce travail.

Passons aux formes du testament. Le Coran ne parle que du testament que nous pourrions appeler, en souvenir du droit romain, *noncupatif :* le testament se fait verbalement, sans solennité, sans formalité aucune, car les témoins dont Mahomet exige la présence ne sont là que pour retenir, transmettre et affirmer les dernières volontés du défunt. Leur présence n'est pas nécessaire à l'existence du testament; elle n'en est pas une condition essentielle. La volonté du défunt peut donc se produire de toutes manières, soit en présence de témoins qui la feront connaître, soit par écrit. Mais si le testament est fait de vive voix, il faut qu'il soit fait devant deux témoins. Voici, à cet égard, comment s'exprime Mahomet : « O croyants! les témoignages entre vous, lorsque quelqu'un d'entre vous se trouvera à l'article de la mort et voudra faire un testament, se feront ainsi : Prenez deux personnes droites, parmi vous ou parmi d'autres, si vous êtes sur quelque point éloigné du pays, et que la calamité de la mort vous surprenne : vous les enfermerez toutes les deux après la prière, et si vous doutez encore d'elles, vous leur ferez prêter le serment suivant : Nous ne vendrons pas notre témoignage pour quelque prix que ce soit, et nous ne cacherons pas notre témoignage, car nous serions criminels. » On le voit, il ne s'occupe du testament que pour en régler le mode de preuve, et en assurer la sincérité. Il veut deux témoins choisis parmi les personnes droites, de préférence parmi les musulmans, dont les témoignages conformes puissent assurer la véracité de chacun d'eux; il veut qu'en élevant par la prière leur pensée vers Dieu, ils se souviennent de la sainteté de leur office; il veut enfin qu'ils s'enchaînent par un serment solennel. S'ils sont convaincus d'avoir frauduleusement altéré le testament confié à leur mémoire, on leur substituera deux autres témoins parents du testateur et du nombre de ceux qui ont découvert le parjure : « Ils prêteront serment devant Dieu, en ces termes : Notre témoignage est plus vrai que celui des deux autres; nous n'avançons rien d'injuste : autrement nous serions du nombre des criminels.

Par cette disposition, ajoute le Coran, il sera plus facile d'obtenir que les hommes rendent un témoignage vrai, car ils craindront qu'un autre ne soit rendu après le leur. Craignez donc Dieu et écoutez-le, car il ne dirige pas les pervers. » Mode de preuve bien insuffisant, malgré les garanties dont Mahomet cherche à l'entourer, mais le seul qui fût à la portée du peuple auquel il s'adressait ! Insuffisant, il est vrai, mais plus solide pourtant qu'il ne nous paraît l'être à nous, observateurs peu zélés du serment. Chez un peuple animé de l'ardeur d'une foi nouvelle, la parole jurée devant le Dieu qui sait et voit tout devait lier étroitement celui qui l'avait prononcée : la crainte d'une peine éternelle dans l'autre vie arrêtait le parjure prêt à se produire ; si on espérait, en violant le serment prêté, servir ses passions et ses intérêts, tout en échappant aux peines édictées par les hommes contre ce crime, on ne pouvait espérer fuir le châtiment d'en haut : conséquence d'une crainte salutaire de la justice divine, la puissance du serment devait durer aussi longtemps que cette crainte elle-même. Aussi Mahomet cherche-t-il le plus qu'il peut à l'entretenir : « Celui qui, après avoir entendu les dispositions du testateur au moment de sa mort, les aura altérées, commet un crime. Dieu voit tout et entend tout. — Il ne vous châtiera pas, ajoute-t-il ailleurs, pour une méprise dans vos serments, mais il vous châtiera pour ceux que vous violerez. » Tant que les convictions religieuses furent ardentes, le témoignage précédé du serment put être considéré comme un mode de preuve satisfaisant ; il n'en fut plus de même quand la ferveur des premiers temps se fut calmée, et que les passions humaines furent plus fortes contre des cœurs moins préparés à lutter contre elles.

Nous pourrions nous arrêter ici, car nous avons épuisé l'intérêt que l'étude du Coran peut offrir relativement à la législation des choses. Nous devons pourtant, pour être complet, prolonger cet article de quelques lignes encore. Nous ne parlerons pas des contrats en général, de la vente, de l'échange, du dépôt ou du gage : quoique ces mots figurent dans quelques versets, ils n'y figurent point avec un sens juridique ; l'échange, cette vente primitive, la vente, cet échange perfectionné, le dépôt, le gage, sont des contrats d'un intérêt purement civil, qui ne méritaient pas au même degré que les successions l'attention de Mahomet ;

ils correspondent aux besoins privés de l'homme, souvent aux plus impérieux, mais ils n'ont pas, comme elles, une importance politique et sociale. A un point de vue pourtant, au point de vue de leur exécution, les conventions particulières, vente ou échange, dépôt ou gage, cessent d'avoir un intérêt individuel; il importe à la société que la bonne foi règne dans les relations des hommes entre eux : aussi, à cet égard, Mahomet, ne perdant pas de vue le rôle qu'il s'est imposé, intervient pour recommander l'exécution loyale du contrat, chasser la mauvaise foi, la fraude et la ruse des conventions humaines, et menacer de la colère divine celui qui nie le dépôt reçu. Un chapitre du Coran, intitulé *les Fraudeurs*, est destiné tout entier à inspirer une crainte salutaire à ceux qui trompent sur la mesure ou sur le poids. « Malheur à ceux qui faussent la mesure ou le poids, qui, en achetant, exigent une mesure pleine, et qui, quand ils mesurent ou pèsent aux autres, les trompent! Ne savent-ils pas qu'un jour ils seront ressuscités pour le grand jour? Ce jour-là les hommes paraîtront devant le Maître de l'univers. Oui, la liste des prévaricateurs est dans le Siddjin[1]. » Quant au dépôt, les prescriptions du Coran ne sont pas moins impérieuses : « Dieu vous commande de rendre le dépôt à qui il appartient : il entend et voit tout; » et, au chapitre appelé *les Degrés*, il est dit que *le feu de l'enfer saisissant par les crânes* revendiquera tout homme avide qui aura nié le dépôt qui lui aura été confié. On voit de quel compte Mahomet entend parler, quand il dit : « Remplissez vos engagements, car des engagements on en demandera compte. »

Ce que nous venons de dire explique l'insistance avec laquelle Mahomet détermine la preuve des conventions. Pour ne point laisser à la mauvaise foi le moyen d'en éluder l'exécution, il faut qu'elles soient constatées, et constatées de manière qu'il n'y ait point de doute possible quant à leur existence et à leur nature. L'écriture est le mode qui offre le plus de garantie; les témoins peuvent se tromper, leur mémoire peut être infidèle, leur conscience subornée; leur vie a un terme. L'acte écrit conserve fidèlement et à toujours ce qui lui a été confié ; aussi est-il re-

[1] Illioun comme Siddjin est, selon l'explication du Coran même, un livre où les actions des hommes sont inscrites. Illioun, selon quelques-uns, sert aussi à désigner un endroit élevé auprès du trône de Dieu, destiné au séjour des bienheureux. (Note de M. Kasimirski.)

commandé d'en faire usage toutes les fois que cela est possible : « O vous, qui croyez ! lorsque vous contractez une dette payable à une époque fixée, mettez-le par écrit. Qu'un écrivain le mette fidèlement par écrit. Que l'écrivain ne refuse pas d'écrire selon la science que Dieu lui a enseignée : qu'il écrive, et que le débiteur dicte : qu'il craigne son Seigneur et n'en ôte pas la moindre chose. Si le débiteur ne jouit pas de ses facultés, s'il est des faibles de ce monde, ou s'il n'est pas en état de dicter lui-même, que son patron ou son ami dicte fidèlement pour lui. Appelez deux témoins choisis parmi vous : si vous ne trouvez pas deux hommes, appelez-en un seul et deux femmes présumées habiles à témoigner, afin que si l'une oublie, l'autre puisse rappeler le fait. Les témoins ne doivent pas refuser de faire leurs dépositions, toutes les fois qu'ils en seront requis. Ne dédaignez pas de mettre par écrit une dette, qu'elle soit petite ou grande, en indiquant le terme du payement. Ce procédé est plus juste devant Dieu, mieux accommodé au témoignage, et plus propre à ôter toute espèce de doute, à moins que la marchandise ne soit là devant vous, et que vous vous la passiez de main en main ; alors, il ne saurait y avoir de péché, si vous ne mettez pas la transaction par écrit. Appelez des témoins dans vos transactions, et ne faites violence ni à l'écrivain, ni au témoin ; si vous le faites, vous commettez un crime. Craignez Dieu : c'est lui qui vous instruit, et il est instruit de toutes choses. » Ainsi s'exprime le Coran. Qu'on rapproche ce verset de ceux que nous avons déjà cités en parlant du testament, et on aura sous les yeux, dans son ensemble, ce qui constitue le système des preuves dans le droit musulman primitif. Un autre doit encore y être ajouté, et il nous donnera une haute idée de l'impartialité et de l'indépendance que Mahomet exige de celui qui est appelé en témoignage : il doit étouffer la voix de la haine, de l'affection, de la crainte ou de l'intérêt pour laisser parler celle de la vérité : « O croyants ! soyez stricts observateurs de la justice quand vous témoignez devant Dieu, dussiez-vous témoigner contre vous-mêmes, contre vos parents, contre vos proches, vis-à-vis du riche ou du pauvre. Ne suivez pas vos passions, de peur de dévier. Si vous refusez votre témoignage, si vous vous abstenez, sachez que Dieu est instruit de ce que vous faites. — Soyez fermes et justes témoins devant Dieu : que la haine ne vous entraîne pas à vous écarter

de la droite ligne : soyez justes; la justice tient de près à la piété. »

Il est encore un point sur lequel nous devons nous expliquer. Mahomet prohibe le prêt à intérêt : « Ceux qui avalent le profit de l'usure se lèveront au jour de la résurrection comme celui que Satan a souillé de son contact, et cela parce qu'ils disaient : l'usure est la même chose que la vente. Dieu a permis la vente ; il a interdit l'usure. Celui à qui parviendra cet avertissement du Seigneur, et qui mettra un terme à cette iniquité, obtiendra le pardon du passé : son sort dépendra alors de Dieu. Ceux qui retourneront à l'usure seront livrés au feu, où ils demeureront éternellement. — Dieu anéantit l'usure, et multiplie avec usure le prix des aumônes, » pensée qui se retrouve plus loin, sous une autre forme : « L'argent que vous donnez à usure, pour le grossir avec le bien des autres, ne grossira pas auprès de Dieu ; mais toute aumône que vous ferez pour obtenir les regards bienveillants de Dieu vous sera doublée. » Le prêt à intérêt, que Mahomet confond avec l'usure, selon l'expression de Montesquieu, était pratiqué par ses contemporains avec l'âpreté d'un peuple pauvre, parcimonieux et avide ; frappé des dangers et des excès d'un contrat dont il ignorait la puissance comme instrument de crédit, il voulut, à l'exemple des législations judaïque et chrétienne, extirper le mal dans sa racine, et de même que Moïse avait dit : *Non fœnerabis fratri tuo ad usuram pecuniam, nec fruges, nec quamlibet aliam rem*, il transmit aux Arabes l'ordre divin de cesser l'usure, et la défense de la pratiquer à l'avenir. Plus scrupuleux en ce point qu'en matière de mariage, il ne s'arrête même pas devant le fait accompli : nous l'avons vu respecter le mariage incestueux ; ici, il ordonne la restitution des intérêts à ceux qui les ont perçus : « Craignez Dieu et abandonnez ce qui vous reste encore de l'usure, si vous êtes fidèles ; si vous ne le faites pas, attendez-vous à la guerre de la part de Dieu et de son envoyé. » Devons-nous apprécier ces dispositions, et renouveler à leur propos la longue querelle qu'a soulevée la légitimité du prêt à intérêt? Elle semble aujourd'hui tranchée, grâce aux notions plus parfaites qu'on a du capital et du crédit : on n'agite plus maintenant que la question de savoir si la loi doit intervenir entre l'emprunteur et le prêteur, pour protéger l'un contre l'autre, en fixant à l'intérêt un maximum.

Nous ne voulons pas non plus entrer dans cette question. Disons seulement que ces dispositions se comprennent aisément dans des législations qui, comme celles de Mahomet, de Moïse ou du Christ, reposent sur l'idée religieuse. Que Mahomet impose à ses coreligionnaires l'obligation pieuse de prêter gratuitement, de même qu'il leur conseille d'accorder terme et délai au débiteur malheureux et dans la gêne, et même de lui faire remise entière, cela se conçoit; le législateur ne se sépare pas du prophète; ce qu'il défend comme prophète, il ne peut le permettre comme législateur : ce qui est mauvais et criminel aux yeux de Dieu ne peut pas être toléré, cela eût-il, au point de vue social, quelque utilité : il n'y a pas de transaction possible entre les intérêts humains et la grâce divine. La prohibition de l'usure s'explique donc : est-ce à dire qu'elle ait atteint son but? Plus radicale, plus absolue que celle prononcée par Moïse[1], elle a été, à cause de cela même, plus inefficace. C'est le sort d'ailleurs des lois mystiques qui luttent contre les besoins humains, au lieu de les régler; on les élude quand on ne les renverse pas. Les Arabes comme les Juifs continuèrent à prêter à intérêt, et, à raison même des dangers qu'ils couraient à enfreindre la loi, ils devinrent plus avides et plus âpres, l'intérêt plus élevé et plus lourd. Comme le dit Montesquieu : « L'usure dans les pays mahométans augmente en proportion de la sévérité de la défense; le prêteur s'indemnise du péril de la contravention. »

Nous n'avons plus rien à dire sur le droit civil; un mot sur le droit pénal. Trois idées ont successivement dominé les législations criminelles : une idée individuelle, la vengeance; une idée religieuse, l'expiation; une idée sociale, la répression. Dans le Coran, la vengeance paraît encore être le principe de la pénalité; on y démêle cependant la seconde idée, l'expiation, apparaissant sous l'influence religieuse; mais rien n'indique que l'individu soit prêt à confier le soin de sa vengeance à la société, et à se dépouiller, au profit de l'ordre public, du droit de punir. Le Coran est donc encore, à ce point de vue, une œuvre de progrès : à la vengeance individuelle il tente de substituer l'expiation, timidement, il est vrai, et comme avec la crainte de dépouiller

[1] *Deutéronome*, XXIII, 19. Le prêt à intérêt est prohibé de Juif à Juif, non de Juif à étranger : *Non fœnerabis fratri tuo ad usuram pecuniam, sed alieno.*

l'individu de l'arme qui protège sa vie et sa propriété. C'est ce qui explique pourquoi l'idée de vengeance est encore l'idée dominante dans ce droit; elle y apparaît sous la forme la plus saisissante, le talion : « O croyants ! la peine du talion vous est prescrite pour le meurtre; un homme libre pour un homme libre, un esclave pour un esclave, et une femme pour une femme. » « Ame pour âme, œil pour œil, nez pour nez, oreille pour oreille, dent pour dent : les blessures seront punies par la loi du talion. » « Quant à celui qui serait tué injustement, nous avons donné à ses proches nos pouvoirs à ce sujet. » Ainsi se retrouve dans toutes les législations primitives le talion, institution qui séduit l'esprit par sa simplicité, qui satisfait les besoins instinctifs de justice du cœur humain par l'équation parfaite qu'elle établit entre la peine et le crime. C'est la formule la plus parfaite de la proportionnalité de la peine au délit; au dix-huitième siècle, Kant, s'y ralliant, déclare que le *jus talionis* appliqué avec discernement est le principe et la mesure de la justice pénale, pour la quantité et l'égalité des peines. Il satisfait encore d'une autre manière aux données de la science moderne, en mettant sous les yeux du coupable, au moment du crime, la perspective de douleurs semblables à celles qu'il inflige : la peine en reçoit une nouvelle puissance d'intimidation. C'est sans doute pourquoi Mahomet s'écrie : « Dans la loi du talion est votre vie, ô hommes doués d'intelligence ! Peut-être finirez-vous par craindre Dieu. » Cependant, le talion n'est pas inévitable; le coupable peut racheter sa peine par une sorte de composition; c'est ce que suppose ce verset : « Celui qui, après avoir reçu le prix de la peine, le changera en aumônes, fera bien; cela lui servira pour ses péchés. » Ailleurs encore, le Coran regarde comme possible la remise du talion. « Celui auquel une remise du talion sera faite par son frère doit être traité avec humanité : il doit à son tour s'acquitter généreusement; c'est là un adoucissement de la part de votre Seigneur, et une faveur de sa miséricorde. » Il semble bien, d'après cette dernière phrase, que la composition à laquelle Mahomet fait allusion soit une innovation. Le récidiviste ne peut pas espérer fléchir la rigueur du talion; « mais quiconque se rendra coupable encore une fois d'un crime pareil sera livré à un châtiment douloureux. »

Ce que nous venons de dire concerne le meurtre : le talion

n'est pas applicable à l'homicide involontaire, il n'y a donc pas lieu de le racheter par une composition. Seulement une indemnité est due à la famille de la victime. « Celui qui tuera involontairement un croyant sera tenu d'affranchir un esclave croyant, et de payer à la famille du mort le prix du sang fixé par la loi, à moins que la famille ne fasse convertir cette somme en aumônes. Pour la mort d'un croyant d'une nation ennemie, on donnera la liberté à un esclave croyant; pour la mort d'un individu d'une nation alliée, on affranchira un esclave croyant, et l'on payera à la famille du mort la somme prescrite. Celui qui ne trouve pas d'esclave à racheter jeûnera deux mois de suite. Voilà les expiations établies par Dieu le savant, le sage. » Notons particulièrement dans ce verset ce qui concerne les affranchissements ordonnés et le jeûne prescrit à titre d'expiation. N'y a-t-il pas là, en même temps qu'une amende honorable faite à celui dont on a brisé la créature, une peine édictée dans un but d'ordre public? Nous signalons la société qui intervient pour punir, et qui revêt ses peines des formes religieuses de l'expiation. Ce n'est pas que nous voulions confondre deux idées bien distinctes, l'idée de répression dans un but social, et l'idée d'expiation : nous disons seulement que l'expiation, par cela seul qu'elle est exemplaire, est répressive, et qu'en conséquence nous pouvons voir dans les prescriptions que nous venons de rapporter quelque chose de plus que l'expiation, de même que dans ce verset : « Quant à un voleur et à une voleuse, vous leur couperez les mains, comme rétribution de l'œuvre de leurs mains, comme châtiment venant de Dieu : or, Dieu est puissant et sage. »

Nous avons terminé cette étude. Elle a l'heureuse fortune d'être insérée dans un recueil destiné à recevoir les travaux et les méditations d'hommes qui sont les maîtres de la science; l'honneur de nous voir au milieu d'eux nous rend fier et nous effraye. Il nous effraye, car leurs lecteurs pour cette fois seront aussi les nôtres!

A. Sagot-Lesage,
Docteur en droit.

FRAIS DE JUSTICE EN 1351.

Dans un des derniers numéros du *Bulletin de la Société de l'histoire de France* (année 1858, pages 340 et suivantes), le savant éditeur du *Bulletin*, M. Bordier, a publié une pièce fort curieuse pour l'histoire de notre ancienne procédure. C'est une note de frais avec la taxe, réglée par le commissaire du Parlement. Tout est intéressant dans ce document : la note des frais qui nous montre la procédure en action, et la taxe plus nécessaire alors qu'aujourd'hui, car tous les écrits du temps accusent l'énormité des frais de justice. Ce n'est pas la première fois que nous devons à M. Bordier la publication de textes fort utiles pour l'histoire de notre ancien droit ; et nous ne pouvons trop le remercier de sauver ces documents de l'oubli. E. L.

Les pièces du genre de celle qui suit sont rares parmi les documents du moyen âge. C'est un tarif des frais faits pour un procès entre particuliers, sur le fond duquel nous n'avons d'ailleurs aucun renseignement. Mais l'intérêt n'est pas dans l'affaire elle-même, il est dans l'examen de la série des « journées » dont se composa la procédure, qui dura douze ans, et dans les « salaires » demandés et accordés pour chaque article. La partie condamnée devant payer les frais provenant du fait de ses adversaires, ceux-ci fournissent leur mémoire, sauf au perdant à le faire régler par le tribunal, qui était ici le Parlement de Paris. En effet, après chaque article de la note se trouve le règlement écrit de la main d'un commissaire du Parlement, qui tantôt alloue la somme demandée, tantôt la supprime entièrement ou lui fait subir une notable réduction. Ainsi, le prix des plaidoiries, que la partie gagnante portait à 30 sols tournois pour deux avocats, est généralement réduit à la simple somme de 4 sous. Cette pièce, malheureusement, a été mutilée de telle

façon, que nous n'en avons que le commencement. Le total des sommes qui s'y trouvent portées ne s'élève pas beaucoup au-dessus de 20 livres, et l'on voit par une indication reportée au dos du mémoire que le total véritable des frais s'élevait à la somme de 152 livres 10 sous et 6 deniers. Elle se trouve à la direction générale des archives, parmi les rouleaux des *Accords*, au dos d'une procuration donnée à ses gens d'affaires au mois de février 1367, par Jehan de Chastillon, chevalier, sire de Bonneilg-sur-Marne, pour lui et Ysabeau de Trie, sa femme.

CE SONT les despens que Giraut et Loys Gaite frères ont fais en la poursuite de la cause qu'ils avoient contre Jehan et Mathieu Gaite et les autres hoirs de feu Jacques et Mathieu Gaite; es quiex les diz hoirs ont esté condempnez par arrest de la court envers les diz frères, les quiex requirent les diz frères estre tauxez par la court et exécution faite contre les diz hoirs et chascun d'eulz.

Premièrement pour les despens d'un clerc qui ala empetrer la monicion contre les dessus diz à la court de Rion l'an m. ccc. xxxix.	iiij s. tourn.	*Habeat.*
Item pour le seel et escriture de la dite monicion.	ij s. tour.	*Habeat* x (?) *et maille tournoize.*
Item pour le salaire dudit clerc..	v. s. tour.	*Nichil quia de familia.*
Item pour le salaire du sergent qui les amoneta par devant le chancellier de Rion au mardi avant la Purification Notre Dame le dit an.	vj. s. iij d. t.	*Habeat* ij s.
Item pour une procuration faite pour tenir la journée.	vj s. t.	*Habeat* vj s.
Item pour les despens du procureur qui ala tenir la journée le mardi dessus dit et y fu au giste des le lundi au soir.	viij s. vj. d. t.	*Habeat* v s.
Item pour le salaire dudit procureur.	v. s. t.	*Nichil quia de familia.*
Item pour ij advocas pour plaidier ladite cause ledit jour.	xxx s. t.	*Habeat* iiij s.
Item pour les escriptures et le seel de l'acte dudit jour..	xviij d. t.	*Habeat* vj. d. et o [bole].
Item pour les despens d'un procureur qui fu à Riom pour tenir une autre journée le samedi avant la chaere saint Pierre..	v.s. t.	*Habeat* iij s.
Item pour l'escripture et le seel de l'acte dudit jour.	xviij d. t.	*Habeat* vj. d. et o [bole].
Item pour ij advocas pour plaidier ladite cause ledit jour.	xv s. t.	*Habeat* iiij s.

Item pour le salaire dudit procureur.	v s. t.	*Nichil quia de familia.*
Item pour les despenz du procureur qui fu à Riom pour tenir une autre journée le samedi emprès les witienes de la chaere saint Pierre.	viij s. vj d. t.	*Habeat* iij s.
Item pour son salaire..	viij s. t.	*Nichil quia de familia.*
Item pour l'escripture et le seel de l'acte dudit jour.	xviij d. t.	*Habeat* vj d. et o.
Item pour ij advocas pour plaidier ladite cause.	xxx s. t.	*Habeat* iiij s.
Item pour les despenz du procureur qui fu à Riom pour tenir une autre journée le mardi après la nunciacion Notre Dame de mars l'an quarante.	viij s. 6 d. t.	*Habeat* iij s.
Item pour son salaire.	v s. t.	*Nichil quia de familia.*
Item pour l'escripture et le seel de l'acte dudit jour..	xviij d. t.	*Habeat* vj d. et o.
Item pour ij advocas pour plaidier ladite cause.	xxx s. t.	*Habeat* iiij s.
Item pour les despenz de Gir. Gaite qui fu à Riom pour tenir une autre journée le mardi après l'uitaine de ladite feste.	xvij s. t.	*Habeat* iij s.
Item pour l'escripture et le seel de l'acte dudit jour.	xviij d. t.	*Habeat* vj d. et o.
Item pour ij advocas pour plaidier ladite cause	xxx s. t.	*Habeat* iiij s.
Item pour les despenz du procureur qui fu à Riom pour tenir une autre journée le mardi après saint George.	viij s. 6 d. t.	*Habeat* iij s.
Item pour son salaire..	v s. tour.	*Nichil quia de familia.*
Item pour l'escripture et le seel de l'acte dudit jour..	xviij d.	*Habeat* vj d. et o.
Item pour ij advocas pour plaidier ladite cause.	xxx s.	*Habeat* s. iiij
Item pour les despenz de Gir. Gaite qui fu à Riom pour tenir une autre journée le mardi après la feste de S. Jacques et S. Philippe a laquele journée fu exibié une letre royal par la partie de Jehan et Mathieu Gaite par laquele la cause fu renvoié par devant noz seigneurs les presidens lors en parlement en tant comme touchoit Jehan et Mathieu.	xxj s. tour.	*Habeat* xv s.
Item pour l'escripture et le seel de l'acte dudit jour.	xviij d. t.	*Habeat* vj d. et o.
Item pour ij advocas pour plaidier ladite cause.	xxx s. t.	*Habeat* xxx s.

Item pour les escriptures et le seel de la remissoire par laquele la cause fu renvoiée par devant nos diz seigneurs au mardi après S. Barnabé et fu donnée le mardi après S. Jacques et S. Philippe.	xv s. t.	*Habeat* v s.
Item pour les despenz de Gir. Gaite qui fu a Riom pour tenir une autre journée le mercredi après les huitiénes de la feste S. Nicolas de may à laquele journée fu exibié une autre letre royal par laquele le demourant de la cause fu renvoiee par devant noz diz seigneurs et audit jour dessus de la première remission en tant comme touchoit les autres hoirs de feu Jacques et Mathieu Gaite.	xxi s. 6 d. t.	*Habeat* xv s.
Item pour ij advocas pour plaidier ladite cause.	xxx s.	*Habeat* xx s.
Item pour l'escripture et le seel de la seconde remissoire par laquele le demourant de ladite cause fu renvoié par devant noz diz seigneurs donnée le mercredi dessus dit. . .	xv s. t.	*Habeat* v s. *Summa turon.* vij l. xx d. — Valent cxiij s. iiij d. par.
Item pour les despenz que Gir. Gaite fist, pour soy et un vallet à ij chevaux, pour aler au jour qui li estoit assignez et à ses consors par devant noz diz seigneurs; dès le jeudi premier jour de juing que ledit Gir. parti de son hostel jusques au mardi que il entra à Paris vj^e^ jour de juing au soir, à xv s. par jour un pour autre. Valent.	iiij l. x s. par.	*Habeat* lx s. par.
Item pour iij rolles de memoriaulz pour baillier aus advocas.	xx s. par.	*Habeat* vj s. p.
Item pour les despenz que firent les ij chevaus des le mardi vj^e^ jour de juing jusques au samedi xxvj^e^ jour dudit mois que il renvoia les diz chevaus en son païs a iij s. parisis le cheval le jour, valent..	vj l. viij s. p.	*Nichil.*
Item pour le retour des diz chevaus au païs..	lx par.	*Habeat* xxx s. p.
Item pour les despenz dudit Gir. dès ledit mardi vj^e^ jour de juing et un vallet jusques au mardi tiers jour d'octobre qui sont vj^xx^ jour à vj s. parisis le jour, valent..	xxxvj l. par.	*Habeat* xl s. p.
Item pour la procuracion par laquele fu faite la presentacion par ledit Gir. et ses consors.	xij s. par.	*Habeat* v s. p.
Item pour une grace pour plaidier par procureur..	vij s. par.	*Habeat* vij s. p.
Item à maistre Guillaume Durant et à maistre Jehan Doli advocaz en		

parlement à chascun xij[l] par. Monte tout.	xxiiij l. par.	*Nichil quia non fuit litigatum.*
(*Le reste de la pièce est coupé*). . .	c s. par.	*Habeat* c s. par.

Au dos :

Taxatæ sunt prædictæ expensæ ad summam vij[xx]xij lib. x sol. vj den. par. xiij[a] die junii anno CCCLI.

Et plus bas :

Ludovicus Gueitte solvit mihi Dyonisio Tilé lxx s. par. pro taxacione dominorum xix[a] die septemb. M° CCC° LI°.

FIN DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain (suite), par M. E. MACHELARD. 1

Les légistes au dix-huitième siècle, par M. Agénor BARDOUX. . . 38

Formules inédites publiées d'après un manuscrit de la bibliothèque royale de Munich, par M. Eugène DE ROZIÈRE. 74

BIBLIOGRAPHIE. — Th. DE FONTAINE DE RESBECQ. Du doctorat en droit, à l'occasion de la Notice sur le doctorat en droit, par M. Gustave BRESSOLLES. 85

Guillaume ROSCHER. Principes d'économie politique, par M. Rodolphe DARESTE. 92

Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft. Revue critique de jurisprudence. 98

E. MACHELARD. Textes de droit romain sur la possession, les hypothèques et les donations entre époux, par M. G. D. . . . 99

Th. YMBERT. Observations critiques touchant la force obligatoire des lois. 100

Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain (suite), par M. E. MACHELARD. 101

Le régime de la communauté dans le mariage portugais, par M. Lévy Maria JORDAO. 132

Des charges imposées aux père et mère qui ont la jouissance légale des biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans, par M. Frédéric DURANTON. 147

Charte communale de la Bastide-l'Évêque, par M. Eugène DE ROZIÈRE. 161

BIBLIOGRAPHIE. — Paul DE SALVANDY. Essai sur l'histoire et la législation particulière des gains de survie entre époux, par M. Ch. GIRAUD. 168

G.-F. DE MARTENS. Précis du droit des gens moderne de l'Europe, par M. Rodolphe DARESTE. 184

BLUNTSCHLI et BRATER. *Deutsches Staatsworterbuch.* Dictionnaire politique. 186

REY. De la propriété des mines et de ses conséquences, d'après les principes de la loi du 21 avril 1810, par M. E. LAMÉ-FLEURY. . 188

LUBLINER. De l'abolition du servage en Russie, par M. R. D. . . 194

CHRONIQUE. 196

Des réponses des prudents considérées comme source du droit écrit, par M. Ed. BODIN. 197

Quels étaient, en droit romain, les principes suivis quand un cohéritier recueillait la part de son cohéritier qui était vacante? par M. G. DE CAQUERAY. 209

L'institution au droit françois, par M. Edouard LABOULAYE. . . . 226

Jean Des Mares, avocat au parlement de Paris au quatorzième siècle, par M. F. BOURQUELOT. 244

De l'ordonnance criminelle en 1670, par M. Eugène PARINGAULT. . 264

BIBLIOGRAPHIE. — Hippolyte DANSIN. Histoire du gouvernement de la France pendant le règne de Charles VII, par M. A. FEILLET. 304

Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain (suite), par M. E. MACHELARD. 309

La féodalité et les chartes communales, par M. A.-C. DARESTE. . . 346

Les Parlements sous l'ancienne monarchie, leurs grandeurs et leurs faiblesses, par M. J. SIMONNET. 357

Jean-Joseph Piret, publiciste liégeois, ou Conflit politique élevé au sujet des jeux de Spa à la fin du dix-huitième siècle, par M. BRITZ. 400

Document relatif au taux de l'intérêt au moyen âge, par M. H. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE. 418

Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain (suite), par M. E. MACHELARD. 421

Etude sur la législation de Mahomet (première partie), par M. SAGOT-LESAGE. 455

Libertés de l'Église gallicane, par M. Edouard LABOULAYE. 477

BIBLIOGRAPHIE. — L. LAROMBIÈRE. Théorie et pratique des obligations ou Commentaire des titres III et IV, livre III du Code Napoléon, par M. G.-A. HUMBERT. 504

G. DE CAQUERAY. Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron, par M. G.-D. 509

J.-J. CLAMAGERAN. Du louage d'industrie, du mandat et de la commission, en droit romain, dans l'ancien droit français et dans le droit actuel, par M. Gustave HUMBERT. 511

C. DEMOLOMBE. Traité des successions, par M. Gustave HUMBERT. 514

Du régime nuptial des Gaulois, par M. Gustave HUMBERT. . . . 517

Dissertation sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses époques du droit romain (suite), par M. E. MACHELARD. 545

Etude sur la législation de Mahomet (deuxième partie), par M. SAGOT-LESAGE. 573

Frais de justice en 1351. 606

FIN DE LA TABLE.